

El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración

Alfredo GALÁN GALÁN

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona*

Cayetano PRIETO ROMERO

*Director General de Organización y Régimen Jurídico
Ayuntamiento de Madrid*

RESUMEN

Resumen: El trabajo tiene como objeto el examen de algunas de las principales cuestiones relacionadas con las entidades privadas que colaboran con la administración en el ejercicio de funciones públicas. Después de señalar el origen y las razones que justifican el éxito en la evolución posterior de este fenómeno, se estudian los rasgos que caracterizan este tipo de entidades: son personas jurídicas, de naturaleza privada, con ánimo de lucro, especializadas e imparciales, que colaboran en el ejercicio y solamente en el ejercicio de verdaderas funciones públicas. La parte final se dedica a subrayar la difícil delimitación de las funciones públicas y a reflexionar tanto sobre el mecanismo jurídico de atribución del ejercicio de la función como sobre la responsabilidad que puede nacer como consecuencia de la actividad realizada por las entidades colaboradoras.

Palabras clave: entidades privadas; funciones públicas; responsabilidad

ABSTRACT

It is the aim of this research to analyse some of the main issues related to private entities that collaborate with the administration when performing its public functions. After pointing out the origin and the reasons that justify the success in the subsequent evolution of this phenomenon, we will study the mainly features of this type of entities: they are legal entities, of private and for-profit nature, professional and impartial, that act only in the management of real public functions. The final section is focused on the difficulty to deli-

mitate the boundaries of public functions and to think about the legal mechanism for assigning the function as well as on the liability that may arise as a result of the activity undertaken by the partners.

Key words: private entities; public functions; liability

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: LAS ENTIDADES PRIVADAS QUE COLABORAN CON LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS.— II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN.—III. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LAS ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS.—1. Son entidades: personas jurídicas.—2. Son entidades privadas.—2.1. *La colaboración de entidades públicas se sale del ámbito de la colaboración público-privada.*—2.2. *Las entidades privadas colaboradoras tienen un status singular, pero no son administraciones públicas.*—2.3. *El caso singular de los colegios profesionales.*—3. Son entidades con ánimo de lucro.—3.1. *El ánimo de lucro diferencia las entidades privadas colaboradoras de las entidades de acreditación.*—3.2. *Posible coexistencia de tasas y tarifas.*—3.3. *Intervención por la administración de las tarifas de la entidad privada colaboradora.*—3.4. *La posible introducción de la competencia entre las entidades privadas colaboradoras.*—4. Son entidades especializadas.—4.1. *Manifestaciones de la exigencia de capacidad técnica.*—4.2. *Evaluación y control de los requisitos de capacidad técnica.*—5. Son entidades imparciales.—6. Son entidades que colaboran en el ejercicio de funciones públicas.—7. Son entidades que colaboran solamente en el ejercicio de la función.—7.1. *Es posible graduar la colaboración en el ejercicio de la función.*—7.2. *Nunca se atribuye a la entidad colaboradora la titularidad de la función.*—7.3. *La administración mantiene una relación estable y permanente con la entidad privada colaboradora.*—7.4. *Posibilidad de ejercicio directo de la función por la propia administración.*—7.5. *Posibilidad de control por la administración de la entidad privada colaboradora.*—7.6. *Posibilidad de reclamar ante la administración contra las decisiones de la entidad privada colaboradora.*—7.7. *Posibilidad de imputar responsabilidad a la administración por los daños que la actuación de la entidad privada colaboradora pueda causar a los particulares.*—IV. LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DE LO QUE ES FUNCIÓN PÚBLICA. LA TESIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE CUMPLIMIENTO REGLAMENTARIO Y CONTROL ADMINISTRATIVO.—V. MECANISMO DE ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.—1. La encomienda de gestión.—2. El convenio de colaboración.—3. Las fórmulas contractuales.—3.1. *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.* 3.2. *Contrato de gestión de servicios públicos.*—4. La autorización administrativa.—5. La acreditación.—5.1. *Acreditación privada seguida de autorización administrativa.*—5.2. *Acreditación pública.*—5.3. *Doble acreditación: pública y privada.*—5.4. *Acreditación y comunicación previa a la administración.*—VI. RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACIÓN DE LAS ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS.—1. Responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.—1.1. *Afirmación de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.*—1.2. *Obligación de constituir una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios.*—1.3. *Tipo de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.*—1.4. *Extensión de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.*—2. Responsabilidad de la administración.—2.1. *Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio directo de la función.*—2.2. *Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio de la función por la entidad privada colaboradora.*—2.2.1. *Títulos de imputación de responsabilidad a la administración.*—2.2.2. *Tipo de responsabilidad de la administración.*—2.2.3. *Articulación de la responsabilidad de la administración con la responsabilidad de la entidad privada colaboradora.*—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: LAS ENTIDADES PRIVADAS QUE COLABORAN CON LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

En este trabajo nos vamos a ocupar de examinar algunas de las principales cuestiones relacionadas con las entidades privadas que colaboran con la administración en el ejercicio de funciones públicas. En consecuencia, su objeto no se extiende al estudio de todas las entidades colaboradoras, puesto que limitamos nuestra atención únicamente a las de naturaleza privada. Y, por supuesto, tampoco pretende abarcar todos los casos de colaboración público-privada.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Sin perjuicio de la existencia de antecedentes previos¹, podemos situar sobre los años setenta del siglo pasado el origen del fenómeno de las entidades colaboradoras de la administración. Con el paso del tiempo, sin embargo, van adquiriendo un mayor protagonismo. Su potenciación se observa tanto desde la perspectiva de las tareas que se les encomiendan como desde el punto de vista de los ámbitos en los que se prevé su intervención.

Desde la primera perspectiva, esto es, la de sus funciones, pasan de realizar actividades de carácter exclusivamente material o técnico a asumir actividades jurídicas, con efectos vinculantes para los particulares. En definitiva, se abre paso la idea de que estas entidades pueden colaborar en el ejercicio de verdaderas funciones públicas.

La mayor relevancia de estas entidades se visualiza también con respecto a las materias o sectores en los que normativamente se prevé su intervención. Los dos ámbitos en los que tradicionalmente intervenían eran el de la seguridad y calidad industriales² y el

¹ Los primeros antecedentes españoles son entidades colaboradoras de la administración en materia de seguridad industrial. El más antiguo que conocemos son las entidades de conservación previstas en la Orden de 1 de agosto de 1952, que aprueba el Reglamento para la construcción e instalación de ascensores y montacargas. A los efectos de llevar a cabo las preceptivas revisiones periódicas, se establece la obligación de los propietarios o arrendatarios de formalizar un contrato de conservación con una entidad inscrita en el registro especial que debía llevarse en cada Delegación Provincial de Industria. Sobre estos antecedentes y, en general, sobre la evolución de las entidades colaboradoras en materia de seguridad industrial, puede verse J. TORNOS MAS y J. PERDIGÓ SOLÀ, «El régimen jurídico de la intervención, control e inspección en materia de seguridad industrial de instalaciones, medio ambiente e inspección técnica de vehículos», informe realizado para el Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona, y publicado por el propio Colegio en 2004.

² Sirva de ejemplo el Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero, sobre normas a cumplir por las entidades colaboradoras en la expedición de certificados de calidad, homologación y verificación de productos industriales.

de la protección del medio ambiente³. Pues bien, sin abandonar estos sectores, hoy en día intervienen en muchos más. Tantos que su enumeración sería larguísima⁴.

Las razones que explican el creciente éxito de este fenómeno son variadas, al margen de haber encontrado un fuerte impulso en el Derecho Comunitario⁵. La mayoría de las razones que se esgrimen pueden reconducirse a las tres siguientes líneas argumentales⁶.

De entrada, la falta de medios de la administración, tanto materiales como personales. Una manera de disminuir el volumen de trabajo a realizar es descargar parte de las labores en entidades privadas que colaboren con la administración.

En segundo lugar, la falta de conocimientos técnicos de la administración. Algunos sectores presentan actualmente un alto grado de complejidad técnica. Complejidad que se predica tanto de las actuaciones de control a realizar, como de la normativa sectorial cuyo cumplimiento debe ser objeto de control. Este hecho explicaría que la administración buscase la colaboración de entidades especializadas en el sector.

Y, por último, la mejora de la calidad y de la eficacia en la gestión. Se entiende que, dadas las características de la intervención que debe realizarse en determinados sectores, su encomienda a una entidad colaboradora redundará en un incremento tanto de la calidad como de la eficacia de las actuaciones que se realicen⁷.

³ Así, la temprana Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección de la contaminación atmosférica.

⁴ A título de ejemplo: las entidades colaboradoras de inspección técnica de embarcaciones de recreo (Real Decreto 1434/1999, de 10 de septiembre); las sociedades de clasificación en materia de buques, seguridad y contaminación marítima (Real Decreto 2662/1998, de 11 de diciembre, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y control de buques y las actividades correspondientes de la administración marítima); las entidades de certificación de buques (Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de inspección y certificación de buques); las entidades colaboradoras en materia de incendios (Real Decreto 786/2001, de 6 de julio, por el que se establece el régimen de estas entidades en la realización de las inspecciones y pruebas de vuelo necesarias para la concesión y renovación de los certificados de aeronavegabilidad de las aeronaves de construcción por aficionados); y las entidades colaboradoras en materia de control de las instalaciones de transporte de personas por cable (Real Decreto 596/2002, de 28 de junio, por el que se regulan los requisitos que deben cumplirse para la proyección, construcción, puesta en servicio y explotación de las instalaciones de transporte de personas por cable).

⁵ Sirva de ejemplo, en relación con la inspección técnica de vehículos, la Directiva 96/96/CE, de 20 de diciembre, en cuyo art. 2 puede leerse lo siguiente: «La inspección técnica prevista en la presente Directiva deberá ser efectuada por el Estado o por el organismo público encargado por el Estado de este cometido o por organismos o establecimientos designados por el Estado y que actúen bajo su vigilancia directa, *que podrán ser organismos privados debidamente autorizados para ello*» (la cursiva es nuestra).

⁶ Son muchos los autores que se han ocupado de estudiar las razones de este fenómeno. Entre ellos, destacamos los siguientes: M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, 2000, pp. 390-396; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, 2000, pp. 50-52; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Ed. Comares, 2002, pp. 510-517; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La Administración pública y las reglas de la «externalización»», en *Justicia Administrativa*, núm. 33, 2006, pp. 5-27; y D. CANALS AMETTLER, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», en *La legislación de industria de Aragón* (dir. Gerardo García Álvarez), Cortes de Aragón, 2009, pp. 378-379.

⁷ Una resumida, pero clarificadora, justificación del recurso a la colaboración privada se realiza, por ejemplo, en el apartado IV de la exposición de motivos de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de regulación y

Sin entrar ahora a valorar la corrección de estas líneas argumentativas, y mucho menos a polemizar desde una perspectiva ideológica, sí queremos subrayar que el recurso a las entidades colaboradoras debe siempre respetar un límite: no empeorar la posición del ciudadano. Dicho de otra manera, la decisión normativa de que el ejercicio de una función pública no sea realizado total y directamente por la administración titular, sino que cuente con la colaboración de una entidad privada, no puede suponer nunca un perjuicio para el ciudadano. Por ejemplo, no puede suponer una disminución de sus derechos ni de sus garantías.

III. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LAS ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS

La proliferación de entidades que colaboran con la administración, en múltiples y variados sectores, hace aconsejable delimitar conceptualmente aquellas entidades que ahora nos interesan. Estas entidades se caracterizan por reunir las siguientes características⁸:

1. Son entidades: personas jurídicas

La primera nota que caracteriza las entidades privadas colaboradoras es que son, precisamente, «entidades», esto es, no son personas físicas, sino jurídicas. El hecho de que sean organizaciones hace posible que concurra en ellas la indispensable multidisciplinariedad para un ejercicio correcto de la función pública que se les atribuye.

Esta característica permite diferenciar estos casos de los supuestos clásicos de «ejercicio privado de funciones públicas»⁹. En estos supuestos, como es sabido, nos encontramos ante profesionales privados («ejercientes privados de funciones públicas») a los que la ley atribuye la facultad de ejercer funciones públicas. En el bien entendido de que estas personas no quedan integradas en la organización administrativa (no se convierten en funcionarios) y sus actos no se imputan a la administración. Pero, eso sí, su actividad queda sometida a reglamentación y a una intensa intervención administrativa¹⁰.

fomento de la actividad industrial de Aragón: «Debe asumirse la limitación de recursos de los que dispone la Administración, de manera que no le es posible dar, por sí sola, respuesta a las necesidades de especialización, agilidad, flexibilidad que hoy caracterizan a la actividad industrial, al ser tan intensa la capacidad de cambio en la actividad económica y en los procesos tecnológicos. Para superar esta realidad se posibilita la acción a través de recursos externos sujetos a procedimientos de supervisión y control».

⁸ Sobre estas notas características, en general, D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, 2003, pp. 278-291.

⁹ Más en profundidad en D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación, ob. cit.*, pp. 272-278.

¹⁰ Piénsese, a título de ejemplo, y como casos tradicionales, en los notarios, los agentes de cambio y bolsa, los corredores de comercio o los agentes de aduanas.

2. Son entidades privadas

Las entidades colaboradoras de la administración pueden ser tanto privadas como públicas¹¹. Depende de lo que establezca la normativa sectorial correspondiente. Cabe que esta normativa, en efecto, solamente prevea la colaboración de entidades de naturaleza pública. O bien, solamente de aquellas que tengan naturaleza privada. O que admita la colaboración de ambas. No son infrecuentes, por último, aquellos casos en los que el normador sectorial prevé la intervención de entidades colaboradoras, pero sin precisar nada acerca de su naturaleza.

Como ya hemos advertido, limitamos el objeto de este trabajo a las entidades colaboradoras de naturaleza privada. No obstante, pueden resultar de interés las siguientes observaciones:

2.1. *La colaboración de entidades públicas se sale del ámbito de la colaboración público-privada*

No resulta indiferente el carácter público o privado de la entidad que colabora con la administración en el ejercicio de la función pública. Por lo pronto, solamente la colaboración prestada por entidades privadas puede enmarcarse apropiadamente en el ámbito genérico de la colaboración público-privada. Si la entidad es pública, en cambio, estaremos ante un supuesto de colaboración entre entidades públicas, es decir, de colaboración público-público. Como fácilmente puede entenderse, se trata de fenómenos esencialmente distintos que responden a parámetros diferentes.

2.2. *Las entidades privadas colaboradoras tienen un status singular, pero no son administraciones públicas*

Las entidades privadas colaboradoras tienen un status singular. Así lo ha declarado la STS de 17 de noviembre de 2000, al afirmar que gozan de «un status administrativo singular como es el de colaboradoras con los poderes públicos en el ejercicio de funciones —también públicas— de control de la seguridad industrial» (FJ 5.º). Ahora bien, queda

¹¹ Esta doble naturaleza, pública o privada, de las entidades colaboradoras de la Administración se prevé, entre otras normas, en el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, de la Calidad y Seguridad Industriales, que define a los verificadores medioambientales como entidades públicas o privadas o personas físicas, independientes de la empresa sometida a verificación (art. 49). Por su parte, el Decreto 170/1999, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento provisional de las Entidades Ambientales de Control de Cataluña, las define como entidades colaboradoras del Departamento de Medio Ambiente, constituidas por una empresa o una agrupación de ellas de carácter estable, de naturaleza pública o privada. Igualmente, el Real Decreto 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, precisa que la ejecución material de las inspecciones podrá efectuarse por las comunidades autónomas o Administración competente, directamente o a través de sociedades de economía mixta en cuyo capital participen, o por particulares (art. 7).

también claro que la colaboración prestada no convierte a estas entidades en administraciones públicas.

2.3. *El caso singular de los colegios profesionales*

El presupuesto de lo que ahora diremos es que la normativa sectorial solamente permita la colaboración de entidades privadas (no de las entidades públicas). Pues bien, el hecho de que los colegios profesionales, en tanto que corporaciones de derecho público, tengan una naturaleza mixta o híbrida, a la vez pública y privada, plantea la duda acerca de si pueden o no intervenir como colaboradores de la administración.

En realidad, la intervención de los colegios profesionales podría tener lugar de dos maneras distintas. La primera es directamente: el propio colegio pretende asumir la condición de entidad privada colaboradora. Y la segunda es indirectamente: el colegio, en solitario o bien junto a otros, pretende crear una entidad privada que asuma la condición de entidad privada colaboradora¹².

La primera de estas opciones, en nuestra opinión, debe ser descartada. Por la razón de que los colegios son entidades públicas, esto es, tienen personalidad jurídico-pública.

En relación con la segunda de las opciones indicadas, y sin detenernos ahora en esta cuestión, sí queremos dejar apuntadas dos ideas. De entrada, que la solución a este problema deberá tener presente no sólo la normativa sectorial que contemple la intervención de las entidades colaboradoras, sino también la normativa reguladora del colegio profesional correspondiente. Del examen de esta última normativa deberá deducirse si el colegio puede o no, en la medida en que se ajuste o no a sus fines, colaborar en el ejercicio de la función pública de otra administración (directamente o a través de una entidad privada de su creación).

La segunda idea que queremos apuntar es que, en el caso de que se admita la intervención de los colegios, deberán igualmente respetarse las reglas que informan el sistema de colaboración en el ejercicio de las funciones públicas. Muy especialmente, deberá respetarse la exigencia de imparcialidad de la entidad colaboradora. No existe razón para exceptuar esta exigencia, ni tampoco para aceptar un cumplimiento debilitado de ella, por el hecho de que la entidad colaboradora sea un colegio. Lo que supone someter al colegio a los mismos requisitos que normativamente se impongan al resto de entidades para poder adquirir la condición de colaboradora de la administración. Por ejemplo, para obtener, si es el caso, la correspondiente acreditación.

3. Son entidades con ánimo de lucro

Corresponde a la normativa sectorial determinar no sólo la naturaleza pública o privada de las entidades colaboradoras, sino, además, si pueden tener o no ánimo de lucro.

¹² Éste es el caso de ICICT, S. A., que fue creada por el Colegio de Ingenieros de Cataluña.

En el caso de las entidades privadas colaboradoras, lo habitual es que sí tengan ese ánimo: realizan su actuación, colaborando con la administración, a cambio de una contraprestación económica (tarifa).

En relación con esta nota característica formulamos las siguientes observaciones:

3.1. *El ánimo de lucro diferencia las entidades privadas colaboradoras de las entidades de acreditación*

Las entidades de acreditación también tienen naturaleza privada. Pero se diferencian de las entidades colaboradoras por el hecho de que no tienen ánimo de lucro¹³. Ello se justifica, seguramente, por la presencia en su interior de representantes de las Administraciones públicas¹⁴.

3.2. *Posible coexistencia de tasas y tarifas*

Los destinatarios deberán abonar a la entidad privada colaboradora las tarifas que correspondan por la prestación de sus servicios. El pago de estas tarifas es independiente del pago de las tasas que les sean de aplicación.

Lo habitual es que la normativa sectorial incluya, dentro del listado de obligaciones que se imponen a la entidad privada colaboradora, la de cobrar las tarifas previstas (y no otras) y la de ingresar a la administración el importe de las tasas provenientes del cobro a los sujetos pasivos que soliciten sus servicios. Por supuesto, deberán ingresar también

¹³ Las entidades de acreditación tienen la condición de entidades sin fines lucrativos, de acuerdo con lo previsto en el art. 4 del Reglamento (CE) 765/2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008. Esta condición de entidades sin ánimo de lucro no es incompatible con las tarifas que pueden percibir por sus servicios. El considerando 14 de esta norma prevé específicamente, en este sentido, que la actuación de los organismos nacionales de acreditación sin fines lucrativos debe entenderse como una actividad que no pretenda acrecentar las ganancias de los recursos de los propietarios o miembros de los organismos. Si bien estos organismos nacionales de acreditación no tienen como objetivo la maximización o la distribución de los beneficios, podrán proporcionar servicios a cambio de pagos o percibir ingresos. Cualquier excedente de ingresos que se derive de estos servicios podrá utilizarse para aumentar sus actividades, siempre que estén en línea con sus actividades principales.

Un ejemplo en este sentido lo encontramos en los estatutos de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC). Sus estatutos, en efecto, prevén, entre los recursos de la entidad, «los ingresos que se perciban como consecuencia de las tarifas sobre los procesos de acreditación que serán fijadas en los presupuestos anuales». Asimismo, prevén la aplicación de estos ingresos a la consecución de los fines propios de la entidad, sin que pueda efectuarse reparto de beneficios, asignación de dividendos ni disposición de fondos de la que pueda derivarse lucro para sus socios.

¹⁴ De nuevo, sirven de ejemplo los estatutos de la ENAC, que señalan como socios natos de esta entidad de acreditación a los representantes de las Administraciones públicas que designe el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial. Asimismo, podrán ser socios de la ENAC las Administraciones y entes públicos que tengan concertados con ella convenios o acuerdos de colaboración en virtud de los cuales reconozcan la validez de las acreditaciones por ella concedidas en sus respectivos ámbitos territorial o funcional de competencias.

El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

71

en la administración el importe de las tasas y demás obligaciones económicas que puedan pesar sobre la propia entidad colaboradora por la realización de sus actividades¹⁵.

Desde luego, la dualidad tasas-tarifas no constituye un supuesto de doble imposición. La tarifa no es un tributo, sino un precio privado (intervenido). Ahora bien, la idea rectora de no empeorar la situación del particular impone tener en cuenta la tarifa a la hora de fijar el importe de la tasa.

3.3. Intervención por la administración de las tarifas de la entidad privada colaboradora

En hipótesis, la contraprestación económica que debe recibir la entidad privada por la realización de su actividad podría ser pagada directamente por la administración con la que colabora. Correspondería a esa administración la fijación del importe de la contraprestación. Obsérvese que, en este caso, el coste económico de la labor de las entidades colaboradoras se sufraga con el presupuesto de la administración correspondiente.

Lo que suele ocurrir, no obstante, es que la contraprestación se paga por los particulares que utilizan los servicios de la entidad colaboradora. Esto es, pagan una tarifa. Ahora bien, el importe de esa tarifa no se deja totalmente en manos de estos dos sujetos (entidad colaboradora y usuario), sino que interviene la administración ejerciendo una función de control. Las vías de intervención administrativa pueden reconducirse a las dos siguientes. Primera: la administración fija el importe exacto de la contraprestación. Por lo tanto, será el mismo para todas las entidades. Y segunda: la administración se limita a establecer la cuantía máxima de la contraprestación. La determinación concreta se deja en manos de cada entidad colaboradora. De este modo, pueden cobrarse tarifas diferentes por una misma actividad.

En todo caso, la normativa sectorial debe prever un mecanismo para la actualización del importe, ya sea de las tarifas, ya sea de su límite máximo.

3.4. La posible introducción de la competencia entre las entidades privadas colaboradoras

La concurrencia de varias entidades privadas colaboradoras, movidas por el ánimo de lucro, permite la introducción de la competencia entre ellas.

¹⁵ Sirve de ejemplo la Ley 12/2008, de 31 de julio, de Seguridad Industrial de Cataluña, que atribuye a los operadores de la inspección en materia de seguridad industrial, entre otras obligaciones, las de aplicar, en la prestación de sus servicios de inspección, las tarifas que hayan comunicado a la Agencia Catalana de Seguridad Industrial; así como la de ingresar a la Agencia Catalana de Seguridad Industrial el importe de las tasas y demás obligaciones económicas que les corresponden como operadores de la inspección, y el importe de las tasas provenientes del cobro a los sujetos pasivos que soliciten sus servicios (art. 27). Consecuentemente, a los destinatarios de estos servicios les corresponderá la obligación de abonar, con independencia de las tasas que les sean de aplicación, las tarifas que los organismos de control o los titulares de las estaciones de inspección técnica de vehículos comuniquen a la Agencia Catalana de Seguridad Industrial (art. 28).

La existencia de esta competencia puede resultar extraña, cuando de lo que se trata es de la colaboración en el ejercicio de una función pública. Pero lo cierto es que es un objetivo explicitado por alguna normativa sectorial. En esos casos, la normativa impone a la administración la función de velar por la existencia de un régimen de competencia efectiva y leal entre las entidades colaboradoras.

La existencia de un verdadero régimen de competencia requiere el cumplimiento de algunas condiciones¹⁶.

La primera, y más elemental, es la existencia de un número adecuado de operadores. No existirá competencia si solamente existe una entidad colaboradora. Pero tampoco la habrá si su número es tan reducido que, con toda seguridad, llegarán a acuerdos de reparto. Un número excesivo, en cambio, hará inviables económicamente a estas entidades. La determinación del número ideal de entidades colaboradoras, en atención principalmente al volumen de trabajo previsible por las funciones encomendadas, se convierte así en una tarea delicada, pero imprescindible¹⁷.

Una segunda condición a tener presente, a la hora de valorar el nivel de competencia introducido en el sistema, es la forma de intervención administrativa de las tarifas¹⁸. Resulta evidente que la fijación de un importe máximo, dejando libertad a las entidades colaboradoras para la determinación exacta de la cuantía, facilita la competencia. Con todo, la fijación administrativa directa de un mismo importe para todas las entidades no excluye por completo la posible existencia de competencia. Lo que sucederá, en estos casos, es que la lucha por el usuario de sus servicios deberá utilizar unas armas distintas al del importe de la tarifa. En este sentido, por ejemplo, pueden ser determinantes en la elección del particular la cercanía a su domicilio de una oficina de la entidad o bien la

¹⁶ En este sentido, el art. 10.f) de la Ley 12/2008, de 31 de julio, de Seguridad Industrial de Cataluña, entre las funciones de la Agencia Catalana de Seguridad Industrial, incluye la de «ejercer la vigilancia y el control sobre los operadores de la inspección en materia de seguridad industrial y adoptar las medidas correctoras pertinentes para garantizar que el nivel de calidad de los servicios que prestan es adecuado y que se mantiene un régimen de competencia efectiva entre los operadores». Por su parte, el art. 26.2 de esta misma ley encomienda al Gobierno de la Generalitat la labor de determinar, por decreto, las características mínimas del sistema de prestación de los servicios de inspección para, entre otras cosas, establecer unas condiciones de competencia efectiva y leal entre los operadores.

¹⁷ En nuestra tradición normativa, el recurso por la administración a la concesión o bien a la autorización administrativa, como títulos habilitantes de las entidades colaboradoras, se explicaba en gran medida por el deseo de permitir la intervención de un número elevado (autorización) o bien reducido (concesión) de estos sujetos.

¹⁸ Es el caso del art. 28 de la Ley 12/2008, de seguridad industrial de Cataluña, según el cual corresponderá al Consejero del departamento competente en materia de seguridad industrial, establecer el importe máximo de las tarifas a percibir por los organismos de control o los titulares de las estaciones de inspección técnica de vehículos. Esta fijación de tarifas máximas por parte de la Administración se prevé asimismo en el Decreto 223/2003, de 6 de noviembre, por el que se regula la gestión del Servicio de Inspección Técnica de Vehículos en la Comunidad de Madrid durante el periodo transitorio definido por el Real Decreto 833/2003, de 17 de junio, que atribuye al consejero competente por razón de la materia, la competencia para fijar las tarifas máximas para los servicios que presten las estaciones de ITV. Por Orden 7093/2005, de 28 de octubre, del Consejero de Economía e Innovación Tecnológica, se fijan esas tarifas máximas.

calidad del servicio prestado. En este último sentido, por ejemplo, seguro que será un factor de calidad, no indiferente para el particular, la celeridad de la entidad en la realización de sus gestiones.

Destacamos como tercera condición la presencia de las entidades colaboradoras en el territorio. Para que exista un régimen de competencia es necesario que las entidades no se distribuyan el territorio por zonas. Además, y para garantizar una correcta prestación de los servicios a todos los ciudadanos, desde la perspectiva de que haya una cobertura territorial adecuada¹⁹, en algunas ocasiones, la normativa sectorial impone a las entidades una determinada presencia mínima en el territorio de la administración correspondiente. Presencia que puede fijarse con criterios diversos. Por ejemplo, la existencia de al menos una oficina de la entidad en determinadas circunscripciones geográficas (barrio, distrito, comarca, provincia, comunidad autónoma, entre otras)²⁰ o bien el establecimiento de una distancia máxima entre el domicilio de cualquier particular y una oficina de la entidad. En otras ocasiones, lo que hace esa normativa sectorial es ajustar la presencia de las entidades colaboradoras a un plan territorial que aprueba la administración²¹.

Como última condición, para garantizar una competencia efectiva, destacamos la limitación que la normativa sectorial puede imponer a las concentraciones empresariales que puedan dar lugar a una posición dominante. Las posibilidades son varias. Así, cabe que se prohíba a las entidades privadas colaboradoras formar un grupo de empresas para actuar sobre un mismo territorio²². Cabe también que se imponga el límite de no poder superar, cada empresa o grupo de empresas, la cuota máxima de mercado que se establezca normativamente²³. O bien, que se establezcan unas distancias mínimas de compatibilidad entre entidades colaboradoras de la misma empresa o grupo de empresas.

¹⁹ La determinación de las características mínimas del sistema de prestación de los servicios de inspección, a la que se refiere el citado art. 26.2 de la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña, deberá garantizar, además de lo ya señalado, la cobertura territorial adecuada de dichos servicios.

²⁰ En este sentido, la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña establece en su art. 30.1 que los organismos de control, para poder actuar en el territorio de Cataluña, deben cumplir, entre otros requisitos, el de adecuarse a un desarrollo territorial mínimo por comarcas. Por su parte, el Decreto 111/1994, de 3 de noviembre, de la Comunidad de Madrid, por el que se regulan las Entidades de Inspección y Control Industrial y se les asignan funciones de comprobación de las disposiciones y requisitos de seguridad de instalaciones industriales en caso de riesgo significativo para las personas, animales, bienes o medio ambiente, establece, entre los requisitos que deben cumplir estas entidades para ser acreditadas, el de tener una oficina en Madrid con cobertura para toda la Comunidad.

²¹ Es el caso de los arts. 36.1.a) y 37.2 de la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña, que prevé que el Gobierno pueda determinar, por decreto, el número necesario de estaciones de inspección técnica de vehículos y el de líneas de inspección que debe tener cada estación, y establecer su ubicación mediante un plan territorial.

²² El art. 30.1.b) de la Ley de Seguridad Industrial catalana establece, entre los requisitos que deben cumplir los organismos de control, el de no formar parte de un grupo de empresas con ningún otro organismo de control autorizado para actuar en Cataluña.

²³ En este sentido, el art. 36.1.b) de la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña prevé, entre los requisitos que deben cumplir los titulares de estaciones de Inspección Técnica de Vehículos, el que no superen, cada empresa o grupo de empresas, la cuota máxima de mercado que se establezca por reglamento y que tendrá que asegurar que ningún titular preste servicio en un conjunto de estaciones de inspección técnica de vehículos superior a la mitad del total de líneas de inspección existentes en Cataluña.

Estas distancias mínimas han de asegurar que no se produzca ninguna situación de dominancia territorial ²⁴.

4. Son entidades especializadas

Las entidades colaboradoras están especializadas en su campo concreto de actuación. La especialización es necesaria para poder satisfacer una exigencia común a todas estas entidades, a saber: que dispongan de la capacidad técnica precisa para una correcta realización de las tareas que se les encomiendan.

También en relación con este rasgo característico de las entidades colaboradoras formulamos algunas observaciones:

4.1. *Manifestaciones de la exigencia de capacidad técnica*

La exigencia de capacidad técnica de la entidad colaboradora tiene una doble manifestación.

En primer término, respecto a su personal ²⁵; es requisito que sus trabajadores expertos tengan un nivel adecuado de formación técnica. No es infrecuente que la propia administración colabore con sus entidades colaboradoras para facilitar el cumplimiento de este requisito. Por ejemplo, ofreciendo cursos periódicos de formación, de especialización o de actualización.

En segundo lugar, los requerimientos de capacidad técnica se manifiestan también en relación con la organización interna de la entidad ²⁶; es requisito que cuente con los medios técnicos adecuados para el correcto ejercicio de su función ²⁷.

²⁴ El art. 36.1.c) de la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña prevé, en este sentido, que las estaciones de inspección técnica de vehículos deberán adecuarse a las distancias mínimas de compatibilidad entre estaciones de la misma empresa o del mismo grupo de empresas que establecerá el gobierno para garantizar una competencia efectiva entre los operadores, como expresamente dispone el art. 37.3 de la citada Ley.

²⁵ La norma UNE-EN ISO/IEC 17020, por la que se establecen los criterios generales para el funcionamiento de los diversos tipos de organismos que realizan funciones de inspección, prevé, en este sentido, que dichos organismos deben tener un número suficiente de personal en plantilla que disponga de la competencia y experiencia adecuadas para llevar a cabo sus funciones normales. En efecto, el personal responsable de la inspección debe tener la cualificación, formación y experiencia apropiadas y un conocimiento satisfactorio de los requisitos de las inspecciones que se van a realizar. Además, el organismo de inspección debe establecer un sistema de formación documentado para asegurarse de que la formación de su personal, en los aspectos técnicos y administrativos del trabajo en el que están involucrados, se mantenga actualizada.

²⁶ En relación con la organización interna del organismo de inspección, la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 establece que debe tener una estructura organizativa que le permita mantener la capacidad para desempeñar sus funciones técnicas de manera satisfactoria. El organismo de inspección debe definir y documentar las responsabilidades y la estructura jerárquica informativa de la organización. Debe tener un director técnico que, cualquiera que sea su denominación, esté cualificado y tenga experiencia en la gestión del organismo de inspección y asuma en su totalidad la responsabilidad de la ejecución de las actividades de inspección.

²⁷ En este sentido, la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 prevé que los organismos de inspección deben tener disponibles medios y equipos adecuados que permitan realizar todas las actividades asociadas a los servi-

4.2. Evaluación y control de los requisitos de capacidad técnica

El cumplimiento por la entidad de los requisitos de capacidad técnica se someten a evaluación y control. La normativa sectorial se ocupa de precisar qué sujeto y en qué momento se realizarán.

Desde un punto de vista subjetivo, es indudable que la evaluación y el control siempre puede ser realizado por la administración titular de la función pública en cuyo ejercicio colabora la entidad privada. Además, es habitual que se prevea la intervención de otro sujeto: la entidad de acreditación. Solamente después de comprobar que reúne los requisitos exigidos de capacidad técnica, la entidad acreditadora otorgará la acreditación a la entidad colaboradora, requisito necesario para que pueda realizar su actividad.

Desde la perspectiva temporal, la evaluación y control se realizan en momentos distintos. Tendrá lugar en un momento inicial (control inicial): antes de que la entidad colaboradora comience a realizar su actividad, para comprobar que efectivamente dispone de la capacidad técnica precisa. Pero también se realizará en momentos posteriores (controles periódicos): para comprobar que sigue manteniendo dicha capacidad técnica. Lo que se requiere, pues, es su posesión permanente e ininterrumpida.

5. Son entidades imparciales

Una característica esencial de las entidades privadas colaboradoras es su imparcialidad. En la medida en que ejercen funciones públicas, las exigencias de objetividad e imparcialidad que se predicen de la actividad administrativa son trasladadas a la actuación de estos sujetos privados.

Normativamente deben establecerse las garantías necesarias que aseguren la imparcialidad de las entidades colaboradoras. Así, por ejemplo, suelen establecerse un conjunto de requisitos, que persiguen la finalidad señalada, cuyo cumplimiento es necesario para que la entidad pueda ejercer la función pública. Este cumplimiento es presupuesto para que pueda iniciar su actividad, pero, también, para que pueda continuarla con posterioridad²⁸.

cios de inspección llevados a cabo. El organismo de inspección debe tener reglas claras para el acceso y uso de los medios y equipos especificados. Asimismo, debe asegurarse de la adecuación continua de las instalaciones y equipos para el uso al que están destinados y de su correcto mantenimiento.

²⁸ En relación con la independencia e imparcialidad de los organismos de inspección, la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 establece que el personal del organismo de inspección no debe estar sometido a ningún tipo de presión comercial, financiera o de otra índole que pueda afectar a la imparcialidad de su juicio. Asimismo, determina que se pongan en marcha procedimientos para asegurarse de que personas u organizaciones externas al organismo de inspección no puedan influir en los resultados de las inspecciones realizadas.

Sobre la independencia de los organismos de inspección, la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 establece que éstos deben serlo en la medida en que ello sea requerido por las condiciones bajo las cuales prestan sus servicios. Dependiendo de esas condiciones, deberán cumplir con los criterios mínimos establecidos para cada uno de los tipos A, B y C:

6. Son entidades que colaboran en el ejercicio de funciones públicas

Con el transcurso de los años, las entidades privadas colaboradoras han visto incrementada su función. En la actualidad, en efecto, no se limitan a actividades de carácter material o técnico, sino que van más allá, realizando una verdadera actividad jurídica. Colaboran en el ejercicio de verdaderas funciones públicas²⁹. La normativa sectorial es la que determina, en cada caso, cuáles son esas funciones. No obstante, las más habituales son las de certificación, control e inspección del cumplimiento de la legalidad vigente.

Subrayamos que las entidades privadas que aquí nos interesan colaboran con la administración en el ejercicio de funciones públicas. Por tanto, no en la prestación de servicios públicos. No nos ocupamos, pues, de aquellas entidades cuyo cometido consiste en la prestación material de servicios.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de afirmar en diversas ocasiones que las entidades privadas colaboran en el ejercicio de verdaderas funciones públicas.

Así lo ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 11 de julio de 1990. En relación con las entidades de inspección y control en materia de seguridad de productos, equipos e instalaciones industriales, sostiene que: «la materia que nos ocupa no es otra que la regulación del ejercicio de una *función pública* cual es la relativa a la vigilancia del cumplimiento de la legislación del Estado sobre seguridad de productos industriales, equipos e instalaciones industriales (...) La naturaleza de *función pública* del cometido ya expuesto es innegable, pues su finalidad no es otra que la de proteger un interés público cual es el de la seguridad industrial, sin que la posibilidad de su ejercicio supletorio por *entidades privadas* (posibilidad ésta que también reconoce la propia legislación estatal) en modo alguno desvirtúe su naturaleza, pues la titularidad pública de la función no por ello se pierde» (FJ 3.º)³⁰.

a) Los organismos de inspección tipo A son aquellos que, de acuerdo con la definición de la norma internacional, proporcionan servicios de tercera parte. Estos organismos deberán cumplir con los requisitos establecidos por el Anexo A de la norma, conforme al cual, en primer lugar, deberán ser independientes de las partes. En este sentido, deberán demostrar que no están relacionados con una parte involucrada en el diseño, fabricación, suministro, instalación, compra, propiedad, uso y mantenimiento de los ítem inspeccionados por propietarios comunes, o por rendir cuentas directamente al mismo nivel de dirección o por acuerdos contractuales, relaciones informales u otros medios que puedan influir de alguna manera sobre el resultado de una inspección. No podrán estar comprometidos en ninguna actividad que pueda crear conflicto con su independencia de juicio e integridad respecto a sus actividades de inspección.

b) Los organismos tipo B son aquellos que constituyen una parte separada e identificable de una organización involucrada en el diseño, fabricación, suministro, instalación, uso o mantenimiento de los ítems que inspecciona y que se establecen para proporcionar servicios de inspección a su organización matriz.

c) Los organismos de inspección tipo C son aquellos que están involucrados en el diseño, fabricación, suministro, instalación, uso o mantenimiento de los ítems que inspecciona o de ítems similares de la competencia y puede prestar servicios de inspección a otras partes que no sean su organización matriz.

²⁹ Así lo ha destacado la doctrina. A título de ejemplo, con cita de más bibliografía al respecto, podemos citar el reciente trabajo de D. CANALS AMETLLER, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», *ob. cit.*, pp. 376-379.

³⁰ Las cursivas son nuestras. El carácter público de las funciones ejercidas por las entidades colaboradoras de la inspección de instalaciones industriales ha sido puesto de manifiesto en posteriores sentencias de este

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de octubre de 1997: «La inspección técnica de vehículos, en cuanto que es un medio para lograr aquella finalidad, participa de la naturaleza de *función pública* y corresponde ejercerla al Estado —en sentido amplio— por razón de su soberanía. No se trata de una actividad de servicio público dirigida a proporcionar prestaciones a los ciudadanos, ya sean asistenciales o económicas, sino de una *función pública soberana* (...) al margen de cuál sea la forma de ejercicio, su naturaleza de *función pública* no desaparece» (FJ 4.º) ³¹.

De esta última sentencia destacamos, finalmente, la calificación de estas funciones públicas como auténticas funciones de autoridad: «función pública soberana» (FJ 4.º).

En conclusión, algunos autores subrayan el hecho de que, en el actualidad, la intervención de las entidades privadas colaboradoras constituye una verdadera alternativa, estable y organizada, a la actuación directa de la Administración en el ejercicio de una función pública ³².

Y lo que es todavía más relevante, se sostiene también que el ejercicio de estas funciones por las entidades privadas tiene el mismo valor jurídico que su ejercicio por la Administración titular de la función ³³. En definitiva, se afirma la identificación de valor jurídico de ambas actuaciones ³⁴.

mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: 904/2002, de 22 de noviembre; 120/2003, de 5 de febrero y 219/2003, de 3 de marzo.

³¹ Las cursivas son nuestras. En sentido similar se pronuncia la STS de 17 de noviembre de 2000, relativa a las entidades de inspección y control reglamentario (creadas por el Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre).

³² Así lo ha destacado S. FERNÁNDEZ RAMOS, «La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho ambiental», en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 24, 2000, pp. 9 y ss.; y del mismo autor, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, ob. cit., p. 502. Comparte esta idea, D. CANALS AMETLLER, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», ob. cit., p. 379.

³³ La propia legislación se hace eco de esta equiparación. Sirva de ejemplo el apartado segundo del art. 58 de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de regulación y fomento de la actividad industrial de Aragón: «Las actas de inspección elaboradas por los empleados públicos o por el personal de los organismos de control autorizados en materia de seguridad industrial con las debidas garantías tienen valor probatorio en los consiguientes procedimientos administrativos, en cuanto a las circunstancias de fecha y hora, lugar y hechos consignados».

³⁴ La cuestión del valor jurídico de las actuaciones realizadas por las entidades privadas colaboradoras, especialmente su valor probatorio, ha sido objeto de atención por la doctrina y por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, si la actividad inspectora realizada por estos sujetos puede beneficiarse o no de la presunción de validez y certeza propia de los actos administrativos. Sobre este tema, con indicación bibliográfica y jurisprudencial, puede consultarse, entre otros, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, ob. cit., pp. 501-574; D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, ob. cit., pp. 316-322, y de esta misma autora, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», ob. cit., pp. 379 y 403-406.

7. Son entidades que colaboran solamente en el ejercicio de la función

La misión que se encomienda a las entidades privadas es colaborar con la administración en el ejercicio de una función pública. Su labor, por consiguiente, no va más allá del ejercicio de la función.

Esta última nota característica también debe ser objeto de algunas observaciones:

7.1. *Es posible graduar la colaboración en el ejercicio de la función*

La normativa sectorial puede establecer grados diferentes de colaboración de la entidad privada en el ejercicio de la función pública. Lo que significa que no es necesario que se le atribuya la totalidad de ese ejercicio. En otras palabras, cabe que no se trate de una atribución total, sino parcial. De darse este último caso, será más exacto hablar de una colaboración «en» (o «dentro de») el ejercicio, y no de una colaboración «mediante» el ejercicio de la función.

7.2. *Nunca se atribuye a la entidad colaboradora la titularidad de la función*

Lo que se atribuye a la entidad colaboradora es el ejercicio, en los términos expuestos, y nunca la titularidad. La administración siempre retendrá la titularidad de la función pública. Así lo subrayó la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de julio de 1990, destacando que no puede admitirse que el hecho de que la función pública sea ejercida por una entidad privada «en modo alguno desvirtúe su naturaleza, pues la titularidad pública de la función no por ello se pierde» (FJ 3.º).

El mantenimiento de la titularidad en manos de la administración explica que no pueda hablarse en estos casos de un «desapoderamiento» de la función. Y por la misma razón, que no quepa sostener, con rigor, que estamos en presencia de una «privatización» de la función pública.

7.3. *La administración mantiene una relación estable y permanente con la entidad privada colaboradora*

La administración no puede desentenderse del ejercicio que haga la entidad colaboradora de la función, puesto que sigue siendo su titular. Es por ello que entre ambos sujetos se traba una relación estable y permanente.

Que la administración no se desentienda del ejercicio de su función tiene manifestaciones diversas. Destacamos cuatro de ellas en los epígrafes sucesivos de este mismo apartado.

7.4. Posibilidad de ejercicio directo de la función por la propia administración

La administración siempre puede ejercer de forma directa, mediante sus medios materiales y personales, la función en cuyo ejercicio colaboran las entidades privadas.

La consecuencia que se deriva de ello es la posible concurrencia en el ejercicio de una misma función de las entidades colaboradoras y de la propia administración. Esta concurrencia puede tener un doble origen.

Un primer origen es que la administración se haya reservado parte del ejercicio de la función. En otras palabras, no se ha cedido a las entidades colaboradoras el ejercicio de la función en toda la materia, sino que la administración se ha reservado una parte de ella. En estos casos, como bien se entiende, existe una compartición del ejercicio de la función, pero no una concurrencia efectiva sobre un ámbito material concreto.

Un segundo origen consiste en que la administración siempre se reserva la posibilidad de supervisar la actuación de las entidades colaboradoras. Dicho de otra forma, la administración controla a través de la inspección directa la forma cómo la entidad colaboradora está ejercitando la función en casos concretos.

El Tribunal Supremo ha reconocido expresamente esta posibilidad de concurrencia. Puede servir de ejemplo, en relación con las entidades de inspección y control reglamentario creadas por el Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, la STS de 17 de noviembre de 2000: «Las competencias administrativas en materia de vigilancia del cumplimiento de la legislación sobre seguridad industrial (...) podían ser ejercidas o bien directamente por los poderes públicos o bien «exigiendo a los interesados que presenten los documentos acreditativos del cumplimiento reglamentario correspondiente expedidos por una entidad de inspección y control reglamentario». La acreditación expedida, a estos efectos, por una de dichas entidades no excluía, sin embargo, la posible verificación por la administración pública del cumplimiento de los requisitos exigidos en materia de seguridad industrial» (FJ 6.º).

Por lo demás, que esta concurrencia es posible se deriva directamente de la propia normativa sectorial³⁵.

³⁵ Un primer ejemplo es el art. 14.1 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, en la que se regulan los organismos de control: «Las administraciones públicas competentes podrán comprobar en cualquier momento por sí mismas, contando con los medios y requisitos reglamentariamente exigidos, o a través de organismos de control, el cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad, de oficio o a instancia de parte interesada en casos de riesgo significativo para las personas, animales, bienes o medio ambiente». Otro ejemplo: el art. 7 del Decreto madrileño 111/1994, de 3 de noviembre, por el que se regulan las entidades de inspección y control industrial: «la acreditación del cumplimiento de la reglamentación en materia de seguridad, por medio del certificado de una entidad de inspección y control industrial, no excluirá su posible verificación por los Servicios de la Dirección General de Industria, Energía y Minas».

7.5. Posibilidad de control por la administración de la entidad privada colaboradora

Como hemos indicado en el apartado precedente, la normativa sectorial habilita siempre a la administración, en tanto que titular de la función, para que pueda controlar el ejercicio que de ella realice la entidad privada colaboradora.

7.6. Posibilidad de reclamar ante la administración contra las decisiones de la entidad privada colaboradora

Lo habitual es que la normativa sectorial imponga a la entidad privada colaboradora el establecimiento de un sistema de reclamaciones a disposición de los particulares que entren en contacto con ella³⁶. Ahora bien, en caso de que la reclamación no sea atendida, se prevé también normativamente que el particular pueda elevarla ahora a la administración titular de la función.

7.7. Posibilidad de imputar responsabilidad a la administración por los daños que la actuación de la entidad privada colaboradora pueda causar a los particulares

La actuación de la entidad privada colaboradora puede causar un daño a los particulares que entren en contacto con ella. Para garantizar el pago de la correspondiente indemnización, la normativa sectorial exige siempre que la entidad tenga concertado un seguro de responsabilidad civil³⁷. Ahora bien, lo que no se contempla de manera expresa en dicha normativa es si puede o no atribuirse también responsabilidad a la administración con la que colabora la entidad privada. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

³⁶ También la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 establece la obligación de los organismos de inspección de contar con procedimientos adecuados para el tratamiento de las reclamaciones recibidas de los clientes u otras partes acerca de sus actividades de inspección. Asimismo, deberán contar con procedimientos documentados para la consideración y resolución de las apelaciones contra el resultado de sus inspecciones cuando éstas sean realizadas bajo una autoridad delegada legalmente y estarán obligados a mantener un registro de todas las reclamaciones y apelaciones presentadas.

³⁷ El requisito de contar con una póliza de seguros para responder del pago de las indemnizaciones que correspondan, se contempla en la Ley estatal 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que en su art. 15 prevé que los organismos de control, como requisito previo a la efectividad de la autorización, estarán obligados a suscribir pólizas de seguro que cubran los riesgos de su responsabilidad en la cuantía que se establezca, sin que ella limite dicha responsabilidad. Posteriormente, esta obligación se ha extendido a las distintas normas que regulan la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones de inspección y control. Es el caso, entre otros muchos, del Decreto 170/1999, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento provisional de las Entidades Ambientales de Control de Cataluña o del Real Decreto 2127/2004, de 29 de octubre, por el que se regulan los requisitos de seguridad de las embarcaciones de recreo, de las motos náuticas, de sus componentes y de las emisiones de escape y sonoras de sus motores.

IV. LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DE LO QUE ES FUNCIÓN PÚBLICA. LA TESIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE CUMPLIMIENTO REGLAMENTARIO Y CONTROL ADMINISTRATIVO

En este trabajo nos interesa el estudio de las entidades privadas colaboradoras en la medida en que estén colaborando en el ejercicio de funciones públicas. Si así lo hacen, no hay duda de que pueden ser calificadas como entidades colaboradoras *de la administración*.

El problema es que no siempre está claro cuándo estamos en presencia de una verdadera función pública. Si no lo es, las actuaciones que normativamente deban realizarse escapan de la esfera de responsabilidad pública, para entrar en la propia de la responsabilidad del particular. Si en la realización de esas actuaciones colabora una entidad privada, deberá ser calificada como entidad colaboradora *del particular* y no de la administración. En definitiva, en estos casos, la entidad no colabora en el ejercicio de ninguna función pública.

La idea recogida en el párrafo precedente se explica con la tesis de la distinción entre el cumplimiento reglamentario y el control administrativo.

Por *cumplimiento reglamentario* debe entenderse el cumplimiento obligado de los requisitos técnicos impuestos normativamente, a través de los correspondientes reglamentos, para la realización por los particulares de una determinada actividad.

Estos reglamentos técnicos pueden —y suelen— obligar al particular a cumplir los requisitos fijados tanto en el momento inicial, de la puesta en marcha de la actividad, como de forma permanente e ininterrumpida a partir de ese momento.

En relación con este cumplimiento reglamentario, la cuestión que se plantea es la determinación del sujeto responsable de comprobar que efectivamente se produce ese cumplimiento, esto es, de que el particular respeta todos los requisitos fijados reglamentariamente. La decisión queda en manos de la normativa sectorial. Dos son las opciones del normador.

La primera opción es dejar en manos del propio particular la prueba del cumplimiento de los requisitos técnicos. En este caso, la normativa sectorial habrá optado por establecer un régimen de libertad-responsabilidad. Es un régimen de libertad porque se permite al particular que pueda realizar la actividad tras realizar una simple comunicación a la administración en la que afirme el cumplimiento de todos los requisitos. No habrá una actividad administrativa de comprobación en cada caso. Pero es también un régimen de responsabilidad porque el cumplimiento de los requisitos técnicos y su comprobación se sitúan dentro del ámbito de responsabilidad privada del particular. Esta actividad no es de responsabilidad pública. No estamos, pues, ante una función pública.

El particular podrá probar el cumplimiento de los requisitos técnicos en la forma que disponga la normativa sectorial aplicable. Como regla general, esta normativa puede ofrecerle una doble posibilidad.

El régimen más favorable para el particular consiste en que la normativa sectorial le permita probar el cumplimiento sin necesidad de contar con la tutela técnica de ningún otro sujeto. En esta hipótesis, la comunicación a la administración solamente contendrá la declaración del particular en la que afirma cumplir todos los requisitos exigidos. Estamos ante lo que se ha venido a denominar un sistema de «declaración responsable»³⁸.

Un régimen más oneroso para el particular, en cambio, es aquel en el que la normativa sectorial le impone una tutela técnica. En este caso, la comunicación a la administración debe contener, además de la declaración del particular, la acreditación de un técnico competente en la materia que avale su declaración. Esta acreditación puede ser expedida por una entidad privada colaboradora. Entidad que, por lo tanto, colabora con el particular. Y no con la administración, puesto que aquí no estamos ante una actividad de responsabilidad pública (no hay función pública).

Al final de este hilo argumental llegamos a la conclusión de que las entidades privadas colaboradoras (del particular) pueden intervenir en el ámbito del cumplimiento reglamentario, acreditando que el particular cumple los requisitos técnicos impuestos normativamente para la realización de una actividad. Esta intervención, de conformidad con lo dicho más arriba, puede producirse en momentos distintos. De entrada, en el momento inicial, cuando se pone en marcha la actividad (control inicial). Pero también en momentos sucesivos, de forma periódica, como garantía de que el cumplimiento de los requisitos se mantiene de manera ininterrumpida en el tiempo (controles periódicos).

Hasta aquí la primera opción del normador sectorial: someter la realización de la actividad del particular a un régimen de comunicación a la administración. También cabe una segunda opción: su sometimiento a un régimen de autorización. En estos casos, el normador habrá decidido que haya un grado mayor de intervención administrativa, que impide entender que sea de responsabilidad del particular la prueba del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos reglamentariamente. En la medida en que la administración debe otorgar una autorización, queda bajo su responsabilidad la comprobación de que la actividad del particular cumple los requisitos necesarios para ser autorizada. Aquí, pues, la administración ejerce una función pública.

En el ejercicio de esta función pública —siempre dentro del ámbito del cumplimiento reglamentario— la administración puede contar con la colaboración de entidades privadas. Estas entidades quedarán encargadas de realizar las comprobaciones oportunas para certificar que el particular cumple los requisitos técnicos preceptivos

³⁸ En este sentido, el anteproyecto de ley estatal de modificación de diversas leyes para su adaptación al proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en el marco de la trasposición de la Directiva de Servicios, contempla la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el objetivo de introducir un nuevo precepto relativo a la declaración responsable. El anteproyecto la define como el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

(mediante el control inicial y también, en su caso, a través de los controles periódicos sucesivos). Como resulta del razonamiento que estamos desarrollando, en estos casos las entidades privadas serán colaboradoras *de la administración*. Estarán colaborando con ella en el ejercicio de una función pública.

Distinto al cumplimiento reglamentario es el denominado *control administrativo*. Este control administrativo no es otra cosa que la función pública de inspección: la administración puede controlar e inspeccionar, en cualquier momento, si la actividad que realiza el particular cumple o no los requisitos normativamente exigidos. Se trata, por lo tanto, de una actuación que se ubica en el ámbito de responsabilidad de la administración. Estamos ante una función pública.

Pues bien, la normativa sectorial suele prever de manera expresa que la administración pueda ejercer el control administrativo de manera directa o indirecta. Esto es, que caben dos formas de ejercicio de la función pública de inspección: directamente por la administración, a través de sus propios medios materiales y personales, o bien indirectamente, a través de una entidad privada colaboradora. Aquí la entidad será colaboradora *de la administración*, en la medida en que colabora con ella en el ejercicio de una función pública (inspección).

En conclusión, las entidades privadas colaboradoras pueden intervenir tanto en el ámbito del cumplimiento reglamentario como en el del control administrativo. Ahora bien, lo harán en una diferente condición. En el ámbito del cumplimiento reglamentario, la regla general es que la entidad privada actúa como colaboradora del particular, puesto que no se está ejerciendo ninguna función pública (salvo en los casos en que la normativa sectorial exija autorización administrativa y no mera comunicación a la administración). En el control administrativo, en cambio, la entidad privada actúa como colaboradora de la administración, concretándose esa colaboración en el ejercicio de la función pública de inspección.

La explicación, en apretada síntesis, de la tesis de la distinción entre el cumplimiento reglamentario y el control administrativo acaba aquí. No obstante, puede facilitar su correcto entendimiento la aplicación de esta tesis a un caso concreto. En realidad, es el caso en el que encuentra su origen: la intervención de las entidades colaboradoras en el sector de la seguridad industrial. Para ello, centraremos la exposición en el análisis de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (en adelante, LI).

La Ley de industria intenta dar una respuesta al problema que supone interpretar conjuntamente los tres siguientes principios, que son expresamente reconocidos por dicha ley: los principios de libertad, de seguridad y de responsabilidad industriales (art. 2 LI).

Esta misma ley utiliza de manera expresa la terminología «cumplimiento reglamentario» y «control administrativo» de dicho cumplimiento. Lo que da a entender que se trata de dos ámbitos diferenciados.

En virtud del principio de libertad de industria (con base constitucional en el art. 38 CE), el art. 4.1 LI reconoce la libertad de establecimiento para la instalación, ampliación

y traslado de las actividades industriales. Como excepción, no obstante, el art. 4.2 LI exige autorización administrativa previa en determinados casos (cuando así lo establezca una ley por razones de interés público o bien cuando se establezcan reglamentariamente para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de tratados internacionales)³⁹.

El principio de libertad tiene que hacerse compatible, no obstante, con el principio de seguridad industrial. Este segundo principio utiliza como instrumento normativo los reglamentos de seguridad. En este sentido, para que el particular pueda realizar la actividad (instalación, ampliación o traslado de actividades industriales), deberá cumplir los requisitos que vengan impuestos en esos reglamentos. Estamos, pues, en el ámbito del *cumplimiento reglamentario*.

Con la finalidad de garantizar la seguridad industrial, los reglamentos de seguridad imponen una doble obligación: probar que se cumplen los requisitos en el momento de puesta en marcha de la actividad y, en segundo lugar, comprobar periódicamente el funcionamiento y estado de conservación o mantenimiento de las instalaciones, equipos y productos industriales (art. 12.2 y 3 LI).

Salvo en los casos excepcionales en los que se exige una autorización administrativa, la regla general es que el cumplimiento de esa doble obligación pesa exclusivamente sobre el particular. A él le corresponde la prueba del cumplimiento inicial y sucesivo de los requisitos reglamentariamente impuestos. Los medios de prueba utilizables, determinados concretamente por los reglamentos de seguridad, serán los siguientes: la declaración del particular («declaración responsable»); una certificación expedida por un técnico facultativo competente, por un instalador o conservador autorizados o bien por una entidad colaboradora (denominado «organismo de control»); o por cualquier otro medio de comprobación previsto en el Derecho comunitario (art. 13.1 LI).

Los principios de libertad y de seguridad encuentran aquí su encaje con el principio de responsabilidad industrial. Como regla general, el cumplimiento voluntario se ubica en el ámbito de la libertad y la responsabilidad del empresario industrial, y no en el de la intervención o control de la administración. Salvo los casos en que sea necesario la obtención de una autorización administrativa, la prueba del cumplimiento voluntario se realiza con una mera comunicación del particular a la administración. Comunicación que puede contener solamente su declaración o, además, una certificación expedida por un sujeto caracterizado por sus conocimientos técnicos en la materia. Este sujeto puede ser una entidad colaboradora que, por lo tanto, colabora con el industrial y no con la administración.

³⁹ El anteproyecto de ley estatal de modificación de diversas leyes para su adaptación al proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio propone una modificación de este apartado de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, conforme a la cual esa autorización excepcional para la instalación, ampliación y traslado de industrias se sustituiría por una comunicación previa o por una declaración responsable del interesado habilitante para el desarrollo de la actividad de que se trate en todo el territorio nacional y con una duración indefinida.

Cuestión distinta a este cumplimiento reglamentario es el *control administrativo*, regulado por la ley con este nombre y en un artículo distinto (art. 14 LI). Este control se identifica con el ejercicio de la función de inspección: la administración podrá comprobar, en cualquier momento, el cumplimiento de los requisitos de seguridad, ya sea de oficio o bien a instancia de parte interesada (art. 14.1 LI). Esta actividad de control puede ser realizada directamente por la administración o bien «a través de organismos de control», esto es, de entidades colaboradoras (art. 14.1 LI). En este último caso, estaremos ante un ejercicio indirecto de la función pública de inspección: el ejercicio a través de una entidad que es colaboradora de la administración (y no del industrial) ⁴⁰.

V. MECANISMO DE ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Desde una perspectiva histórica, los dos mecanismos que habitualmente ha utilizado el legislador sectorial para atribuir a entidades privadas colaboradoras el ejercicio de funciones públicas han sido la concesión ⁴¹ y la autorización ⁴² administrativas ⁴³. La elección entre una u otra técnica se ha basado, en gran medida, en el deseo del legislador sectorial de limitar o no el número de entidades que operasen en el sistema. En este sentido, efectivamente, se ha utilizado preferentemente la concesión cuando se quería establecer un *numerus clausus* de entidades en el mercado.

Esta misma perspectiva histórica nos permite ver la gran confusión que rodea esta cuestión. Confusión que encuentra su origen, al menos en parte, en la dificultad que caracteriza la labor de identificar un mecanismo adecuado para la atribución del ejer-

⁴⁰ Sobre la tesis de la distinción entre cumplimiento reglamentario y control administrativo, así como sobre su aplicación en el sector de la seguridad industrial, puede verse J. TORNOS MAS y J. PERDIGÓ SOLÀ, «El régimen jurídico de la intervención, control e inspección en materia de seguridad industrial de instalaciones, medio ambiente e inspección técnica de vehículos», *ob. cit.*, en especial pp. 22 a 25. Queremos subrayar, finalmente, que esta tesis no es pacífica en la doctrina. No la comparte, por ejemplo, como se deduce del conjunto de su obra en esta materia, D. CANALS AMETLLER, oposición que se refleja también en su último trabajo, ya citado, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial».

⁴¹ Tanto la legislación estatal (por ejemplo: Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, de inspección técnica de vehículos), como las legislaciones autonómicas (por ejemplo: Ley catalana 13/1987, de 9 de julio, de seguridad de las instalaciones industriales; Ley de Castilla-León 3/1990, de 16 de marzo, de seguridad de las instalaciones industriales; y, en general, la normativa autonómica en materia de inspección técnica de vehículos).

⁴² Aquí también, tanto la legislación estatal (por ejemplo: Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, por el que se regulan las entidades de inspección y control reglamentario; y Real Decreto 7/2000, de 23 de junio, sobre las inspecciones técnicas de vehículos), como las legislaciones autonómicas (por ejemplo: Decreto vasco 75/1986, de 25 de noviembre, en materia de inspección y control de seguridad industrial; Ley vasca 8/2004, de 12 de noviembre, de industria, y Decreto madrileño 111/1994, de 3 de noviembre, sobre entidades de inspección y control industrial).

⁴³ Un completo estudio sobre esta cuestión en D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, *ob. cit.*, pp. 299-314. Esta misma autora había apuntado ya el problema del mecanismo de atribución en su trabajo «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, pp. 459-479.

cicio de funciones públicas a entidades privadas que colaboren con la Administración. A continuación, y de manera sintética, vamos a describir y valorar críticamente las principales tesis que se han mantenido al respecto: la encomienda de gestión, el convenio de colaboración, las fórmulas contractuales, la autorización administrativa y la acreditación.

1. La encomienda de gestión

Según una primera tesis, la administración atribuye a la entidad privada el ejercicio de la función pública mediante una encomienda de gestión.

Esta tesis no es aceptable. Y no lo es, al menos, por las dos siguientes razones. De entrada, porque la encomienda de gestión es una técnica que opera entre administraciones públicas (esto es, en el ámbito de las relaciones interadministrativas) y no entre una administración y un sujeto privado. Además, en segundo lugar, porque la encomienda de gestión limita su objeto a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, mientras que, como ha quedado dicho, las entidades privadas colaboradoras, en el ejercicio de la función pública, pueden ir más allá, realizando una verdadera actividad jurídica.

En apoyo de lo afirmado en el párrafo precedente puede traerse el art. 15.5 LRJPAC, que excluye del ámbito de aplicación de la encomienda de gestión los supuestos en los que la realización de la actividad recae sobre personas sujetas al derecho privado: «El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actuaciones encomendadas en el apartado primero [actividades de carácter material, técnico o de servicios] haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo».

2. El convenio de colaboración

Según una segunda tesis, el traspaso del ejercicio de la función pública tiene lugar como consecuencia de la celebración de un convenio de colaboración entre la administración y la entidad privada colaboradora. Se trataría de uno de los convenios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos. En concreto, del recogido en el art. 4.1.d) de la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Este precepto excluye del ámbito de la ley: «Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales».

El propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de octubre de 1997, dictada en el ámbito de la inspección técnica de vehículos ⁴⁴, afirma que la relación entre la administración y las entidades privadas se basa en los convenios de colaboración excluidos de la ley de contratos: «Cuando el poder público acude a la empresa privada para pedir su colaboración en el ejercicio de una función pública, surgen entre ellos un vínculo, cuya naturaleza está muy próxima a una relación contractual. Podría incluirse en los denominados convenios de colaboración a los que se refiere el art. 2.7 de la Ley de contratos del Estado [de 1965], que se regulará por sus normas peculiares y, supletoriamente, por la de contratos de la administración, siéndoles aplicables, en todo caso, los principios de dicha contratación» (FJ 4.º).

En nuestra opinión, sin embargo, esta segunda tesis tampoco es aceptable. La razón es que no se respetan dos de los límites que establece el art. 88 LRJPAC en relación con la posibilidad reconocida a las administraciones de celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con otros sujetos.

El primero de estos límites, establecido en el apartado primero de este art. 88 LRJPAC, es que estos convenios serán posibles «siempre que no (...) versen sobre materias no susceptibles de transacción». Dicho en positivo: solamente serán posibles si versan sobre materias susceptibles de transacción. Y, a nuestro juicio, no lo es el ejercicio de funciones públicas.

El segundo límite, recogido en el apartado cuarto del mismo art. 88 LRJPAC, se traduce en la exigencia de que los convenios celebrados «no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos». Puede argumentarse que el hecho de que la función pública no sea ejercida directamente por la administración, sino por una entidad privada, supone una alteración de la competencia y de las responsabilidades indicadas en este precepto. Este argumento, sin embargo, puede ser contestado de dos maneras. De entrada, recordando que la administración conserva la titularidad de la función pública en todo caso y que el traslado de su ejercicio a un sujeto privado no le exonera de responsabilidad. Además, en segundo lugar, se puede subrayar el hecho de que el art. 88.4 LRJPAC se está refiriendo «al funcionamiento de los servicios públicos», mientras que, en el caso de las entidades privadas colaboradoras, se trata del ejercicio de funciones públicas.

3. Las fórmulas contractuales

Un tercer intento de explicar el fundamento del traslado del ejercicio de la función pública acude a las fórmulas contractuales: ese traslado tiene lugar como consecuencia de la celebración de un contrato entre la administración titular de la función y la entidad

⁴⁴ Un estudio de esta sentencia en D. CANALS AMETLLER, «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», *ob. cit.*, pp. 471-478.

privada colaboradora. Deberá precisarse el tipo de contrato de que se trate. Examinemos las dos siguientes opciones:

3.1. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

El art. 11 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, introduce, como novedad, la figura del «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado». A primera vista, y dado el nombre con el que legalmente se ha bautizado a este tipo contractual, pudiera parecer que resulta aplicable al caso que nos ocupa: el traslado del ejercicio de la función pública es un supuesto de colaboración entre el sector público (administración titular de la función) y el sector privado (entidad privada colaboradora que ejerce esa función).

La simple lectura del citado art. 11 de la Ley de contratos del sector público echa por tierra esa pretensión. Los supuestos que estamos examinando en este trabajo, en efecto, no son en modo alguno subsumibles en la definición que de esta nueva modalidad contractual realiza el apartado primero de ese art. 11: «Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una administración pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general», comprenda alguna de las prestaciones que se enumeran en el precepto.

3.2. Contrato de gestión de servicios públicos

Junto a la autorización, históricamente ha sido habitual el recurso a la concesión administrativa como mecanismo para la atribución del ejercicio de una función pública a entidades privadas colaboradoras. No faltará, por tanto, quien sostenga que la base jurídica de ese traslado puede ser un contrato de gestión de servicios públicos.

No compartimos tampoco esta tesis. La imposibilidad de recurrir a este tipo de contrato se justifica por las dos siguientes razones.

De entrada, porque el art. 8.1 de la Ley de contratos del sector público deja claro que el objeto del contrato de gestión de servicios públicos es, como su nombre ya indica, «la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la administración encomendante». En el supuesto que nos ocupa, en cambio, estamos ante el ejercicio de una función pública, y no ante la prestación de un servicio público.

Por si esta primera razón no fuera suficiente, cabe todavía esgrimir una segunda: el art. 251.1 de la Ley de contratos del sector público establece un severo límite al contrato

de gestión de servicios públicos: «En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos». En el supuesto que estamos examinando, por el contrario, queda claro que el objeto del traslado a las entidades privadas colaboradoras son funciones públicas de autoridad.

Ésta es la posición del Tribunal Supremo. En su sentencia de 10 de noviembre de 2000, en relación con las entidades colaboradoras previstas en el Real Decreto 1407/1987, sostiene, en primer lugar, que estos supuestos no tienen encaje en el ámbito de las relaciones contractuales: «La utilización de la técnica autorizatoria en relación con la encomienda a estas entidades privadas de determinadas funciones de carácter certificante cuyo ejercicio podía tener, respecto de terceros inspeccionados o controlados, una inmediata eficacia jurídico-administrativa en el ámbito de la seguridad industrial (...) no encaja en el ámbito de las relaciones contractuales» (FJ 6.º).

En esta misma sentencia, además, el Tribunal afirma de modo expreso que no cabe aplicar el régimen concesional ni, por tanto, las disposiciones sobre el contrato de gestión de servicios públicos: «En efecto, no nos encontramos en presencia de un régimen concesional ni de cualquier otro en que haya unas relaciones bilaterales de naturaleza contractual (...). No son aplicables, por tanto, a este supuesto las disposiciones de la Ley de contratos del Estado relativas al contrato de gestión de servicios públicos» (FJ 6.º).

Una muestra de la confusión ya aludida y que rodea esta cuestión de la determinación del mecanismo de traslado del ejercicio de la función pública, la encontramos en la ya citada sentencia de 13 de octubre de 1997 del mismo Tribunal Supremo. En ella, se afirma que los supuestos de colaboración de entidades privadas en el ejercicio de una función pública hace nacer entre el sujeto privado y la administración titular de la función «un vínculo, cuya naturaleza está muy próxima a una relación contractual» (FJ 4.º). De todas maneras, lo cierto es que no llega a afirmar que sea una verdadera relación contractual. En realidad, lo que intenta argumentar la sentencia, con la ayuda de la afirmación transcrita, es que estos supuestos pueden incluirse en los denominados convenios de colaboración excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos. Lo que supone admitir, por tanto, que no son contratos de la administración. Por lo demás, la crítica a que se trate de convenios de colaboración ya ha sido hecha con anterioridad y a ese punto nos remitimos ahora.

4. La autorización administrativa

Junto a la concesión, la autorización administrativa es la otra técnica habitualmente utilizada por la legislación sectorial como instrumento para trasladar el ejercicio de la función pública a la entidad privada colaboradora.

Esta utilización no cuadra con la naturaleza propia de la autorización administrativa. La autorización es una técnica de intervención que permite a la administración realizar un control previo sobre una actividad de naturaleza privada que quiere llevar a cabo el particular. No encaja con esta configuración el empleo de la autorización como técnica

que habilita a un sujeto privado para el ejercicio de una función pública. Esto es, para la realización de una actividad que, de no mediar esa habilitación, sería realizada directamente por la administración.

Es habitual que la legislación sectorial establezca como requisito para el otorgamiento de la autorización que la entidad privada disponga de la capacidad técnica y financiera necesaria para la adecuada realización de la actividad que se le encomienda. Es igualmente usual que la prueba de dicha capacidad se realice a través de la obtención de una acreditación. En estos casos, por tanto, la exigencia de autorización se suma a la previa de acreditación. Lo que permite reconducir estos supuestos al sistema de acreditación que ahora veremos.

5. La acreditación

El sistema de acreditación es el que mayoritariamente se sigue en la actualidad. Por acreditación se entiende una actuación tendente a certificar, mediante la expedición de una resolución expresa, que un sujeto —en nuestro caso, la entidad privada colaboradora— cumple determinados requisitos. Estos requisitos tienen como finalidad garantizar que ese sujeto posee la capacidad técnica y financiera necesarias para llevar a cabo la actividad que se le encomienda, así como su imparcialidad y objetividad en la realización de dicha actividad.

El sistema de acreditación puede revestir distintas modalidades. Las dos principales son la acreditación privada seguida de autorización administrativa y, en segundo lugar, la acreditación pública. Junto a ella caben otras variantes de diverso grado de complejidad, así: la exigencia de una doble acreditación, pública y privada, y, en segundo término, la acreditación privada seguida de comunicación previa a la administración.

5.1. Acreditación privada seguida de autorización administrativa

En este caso, para que el sujeto adquiera la condición de entidad privada colaboradora y, por tanto, pueda realizar su actividad, es necesario que cumpla una doble condición: que obtenga una acreditación privada y, después, que se le otorgue la correspondiente autorización administrativa⁴⁵.

La primera condición es que obtenga la acreditación expedida por una entidad de acreditación. Se trata de una entidad privada, sin ánimo de lucro, especializada en acreditar a entidades colaboradoras de la administración⁴⁶.

⁴⁵ Este modelo se instaura, por ejemplo, en la Ley 21/1992, de Industria, y en su normativa de desarrollo, en relación con los organismos de control que actúan en el ámbito de la seguridad industrial.

⁴⁶ Sirva de ejemplo la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC). De acuerdo con sus estatutos, la ENAC se constituye con la finalidad de acreditar, en el ámbito estatal y a través de un sistema conforme a normas inter-

El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

91

La finalidad de esta acreditación privada, en los términos ya expuestos, es garantizar que la entidad colaboradora dispondrá de la capacidad técnica y financiera necesarias y que realizará su actividad con imparcialidad y objetividad. Por ello, la acreditación solamente se concederá después de comprobar que la entidad colaboradora cumple los requisitos previamente establecidos.

La acreditación privada es una mera actividad reglada, de índole estrictamente técnica. Y opera de presupuesto para que la entidad colaboradora pueda obtener el posterior título administrativo que le habilite a actuar: la autorización administrativa.

La segunda condición que debe cumplir la entidad colaboradora es la obtención de la correspondiente autorización otorgada por la administración titular de la función cuyo ejercicio se le traslada. Es importante destacar que es la autorización el título jurídico que habilita a la entidad privada colaboradora a realizar su actividad. No lo es, por tanto, la previa acreditación privada. Solamente a partir del momento en que haya obtenido la autorización se habrá hecho efectivo el traslado del ejercicio de la función pública. En definitiva, una entidad acreditada pero no autorizada no puede actuar.

La finalidad que persigue la autorización es permitir un segundo control sobre la entidad privada colaboradora. Control que, en este caso, queda en manos directamente de la administración. Sin duda, será objeto de este control comprobar que la entidad ha obtenido la previa acreditación. Pero también sirve para asegurar el cumplimiento de otros requisitos. La determinación de estos otros requisitos varía según los casos. Por lo demás, en no pocas ocasiones resulta difícil deslindarlos de los requisitos propios de la acreditación privada⁴⁷.

5.2. Acreditación pública

Para que el sujeto adquiera la condición de entidad privada colaboradora y, por tanto, pueda realizar su actividad, basta con que obtenga la acreditación concedida por la propia administración titular de la función cuyo ejercicio se le traspa⁴⁸.

nacionales, la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad, o de un laboratorio de ensayo, o de un laboratorio de calibración, que operen en cualquier sector (industria, medioambiente, agricultura, pesca y alimentación, sanidad, transporte y telecomunicaciones u otro sector económico), tanto en el ámbito voluntario de la calidad como en el ámbito obligatorio cuando reglamentariamente así se establezca. Para ello, la ENAC verificará el cumplimiento por las entidades a acreditar y acreditadas de los criterios establecidos por las normas internacionales y de las demás condiciones y requisitos pertinentes. Las acreditaciones que expida tendrán carácter de documento público por el que se reconoce y garantiza aquel cumplimiento ante terceros.

⁴⁷ Puede ilustrar esa dificultad el requisito generalmente exigido de que la entidad privada colaboradora tenga suscrita una póliza de seguro de responsabilidad civil. Pues bien, según la legislación sectorial que tomemos de referencia, esta exigencia se configura como un requisito para la acreditación privada o bien para la posterior autorización administrativa.

⁴⁸ Ejemplos de este modelo se encuentran en la normativa autonómica catalana. Así, en la Ley 3/1998, de la intervención integral de la Administración ambiental y su normativa de desarrollo; y en el Decreto 379/2006,

A diferencia de la modalidad anterior, en este caso no hay una autorización administrativa posterior a la acreditación. La intervención administrativa ya tiene lugar en el momento mismo de la acreditación. En consecuencia, el título jurídico habilitante de la actuación es la acreditación.

5.3. *Doble acreditación: pública y privada*

En estos supuestos se exige que la entidad privada colaboradora obtenga dos acreditaciones distintas. Una privada, expedida por una entidad privada de acreditación. Y una segunda pública, expedida por una administración pública⁴⁹.

5.4. *Acreditación y comunicación previa a la administración*

Finalmente, destacamos como modalidad de acreditación el sistema en el que se sustituye la autorización administrativa por una mera comunicación previa a la administración titular de la función. Una vez obtenida la acreditación, para que la entidad colaboradora pueda comenzar a realizar su actividad, no será preciso esperar a que la administración le otorgue la correspondiente autorización, sino que bastará con que le dirija una comunicación previa⁵⁰.

VI. RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACIÓN DE LAS ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS

Uno de los principales problemas que plantea el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras es determinar quién debe responder de los daños y per-

de 7 de octubre, de aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y de regulación del sistema de acreditación de los verificadores de informes. En ambos casos, se otorga la gestión del sistema de acreditación a la Dirección General de Calidad Ambiental, del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña.

⁴⁹ Ejemplo de este modelo es la normativa sobre medio ambiente del Ayuntamiento de Barcelona. Su Ordenanza municipal de actividades y de intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona, de 29 de marzo de 2001, exige esa doble acreditación para sus entidades ambientales de control. Deben obtener, en efecto, una acreditación privada, otorgada por una entidad oficial de acreditación de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, y una acreditación pública, expedida por la Dirección General de Calidad Ambiental del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña. Obsérvese que, en este caso, la acreditación pública es otorgada por una Administración distinta de la titular de la función pública cuyo ejercicio se traslada a la entidad colaboradora.

⁵⁰ Éste es también, al menos en teoría, el caso de la Ordenanza municipal de actividades y de intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona, de 29 de marzo de 2001. Una vez obtenida la acreditación exigida (en los términos expuestos en la nota anterior), para que puedan comenzar a actuar las entidades ambientales de control basta con que realicen una comunicación previa al Ayuntamiento de Barcelona.

juicios que puedan derivarse de la actuación de estas entidades. En este sentido, vamos a analizar primeramente la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras y después la responsabilidad de la administración titular de la función.

1. Responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras

1.1. *Afirmación de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras*

Las entidades privadas colaboradoras ejercen las funciones públicas *bajo su propia responsabilidad*. Esto es: son responsables de los daños y perjuicios que puedan causar como consecuencia de la actuación que realicen en ejercicio de dichas funciones.

La idea recogida en el párrafo anterior constituye uno de los elementos centrales del sistema de colaboración de las entidades privadas: el traslado del ejercicio de las funciones públicas conlleva, paralelamente, el traslado de la responsabilidad que pueda derivarse de ese ejercicio. Esto es algo que puede hacer atractivo a la administración el recurso a esta fórmula⁵¹. La asunción del ejercicio de la función implica, como la otra cara de una misma moneda, la asunción de la responsabilidad⁵².

1.2. *Obligación de constituir una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios*

La normativa ha generalizado la exigencia de que la entidad privada colaboradora constituya una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios que puedan derivarse de su actuación. En efecto, constituye una nota común a todas las normativas sectoriales, estatales o autonómicas, reguladoras de este tipo de entidades el establecimiento de esta exigencia⁵³.

⁵¹ Así lo destaca expresamente D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, ob.cit, p. 323. En este mismo sentido se pronuncia también J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ed. Ariel Derecho, 1999, p. 204 y J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, ob. cit., p. 671.

⁵² Lo que no significa necesariamente que sólo deba responder la entidad privada colaboradora. Más adelante examinaremos la cuestión de si incurre también o no en responsabilidad la Administración con la que colabora la entidad privada.

⁵³ La exigencia de constituir una garantía suficiente aparece, por primera vez, en la normativa reguladora de la seguridad y la calidad industrial. Por lo demás, esa exigencia no solamente es propia de la normativa estatal, sino que se recoge también en la autonómica. Sirvan de ejemplo las siguientes referencias: art. 3.2 del Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero, sobre normas a cumplir por las entidades privadas colaboradoras en la expedición de certificados de calidad, homologación y verificación; art. 8.1.d) del Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, que regula las entidades de inspección y control reglamentario en materia de seguridad de los productos, equipos e instalaciones industriales; art. 15.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria; art. 16.m) del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial; art. 8.3 de la Ley catalana 13/1987, de 9 de julio, de seguridad en instalaciones industriales, y art. 14.7 de la Ley vasca 8/2004, de 12 de noviembre, de industria de la

Del análisis de toda esta legislación sectorial, tanto estatal como autonómica, pueden extraerse algunas conclusiones:

- a) La exigencia de constitución de una garantía presupone normativamente la posibilidad de que la entidad privada colaboradora sea responsable

El hecho de que la normativa sectorial exija a la entidad privada colaboradora la constitución de una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios que puedan derivarse de su actuación, constituye un argumento irrefutable a favor de la tesis de que estas entidades pueden incurrir en responsabilidad. La posibilidad de que nazca esta responsabilidad es, justamente, el fundamento de la exigencia de constitución de la garantía.

- b) El tipo de garantía exigido es habitualmente el seguro de responsabilidad, pero no necesariamente

La práctica totalidad de las normas sectoriales precisan la modalidad de garantía que se exige: la suscripción de una póliza de seguro. Por lo tanto, en el caso de que se produzca el hecho asegurado (que la entidad privada colaboradora asegurada incurra en responsabilidad), será la compañía aseguradora la que tenga la obligación de indemnizar los daños causados, hasta el límite del importe de la suma asegurada.

Ahora bien, pueden existir otros tipos de garantía diferentes a la contratación de un seguro. Un ejemplo lo encontramos en materia de aguas. En este ámbito, el art. 5.c) de la Orden de 23 de marzo de 2006, del Ministerio de Medio Ambiente, que desarrolla el régimen jurídico de las entidades colaboradoras de la administración hidráulica en materia de control de vigilancia de calidad de las aguas y de gestión de los vertidos al dominio público hidráulico, exige a estas entidades colaboradoras la prestación de una garantía que puede hacer efectiva, sin embargo, por medios diversos: no sólo mediante un seguro, sino también a través de aval u otra garantía financiera.

Comunidad Autónoma de Euskadi. La exigencia de constitución de una garantía suficiente, con el paso del tiempo, se ha ido extendiendo a otros sectores. De manera que, hoy en día, podemos afirmar que constituye una condición totalmente generalizada. Sirvan como prueba las referencias siguientes. En materia de medio ambiente: art. 11.2.d) del Decreto catalán 170/1999, de 29 de junio, que aprueba el Reglamento provisional regulador de las entidades ambientales de control. En materia de aguas: art. 5.c) de la Orden de 23 de marzo de 2006, del Ministerio de Medio Ambiente, que desarrolla el régimen jurídico de las entidades colaboradoras de la Administración hidráulica en materia de control y vigilancia de calidad de las aguas y de gestión de los vertidos al dominio público hidráulico. Y en materia de inspección de buques y embarcaciones de recreo: art. 7.f) del Real Decreto 90/2003, de 24 de enero, por el que se establecen las reglas y estándares para las organizaciones de inspección y control de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima.

El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

95

c) La garantía constituida debe ser suficiente

Aunque la redacción varía considerablemente en cada normativa sectorial, la idea de fondo es común a todas ellas: la garantía cuya constitución se exige debe ser de una cuantía suficiente para llegar a cubrir el importe de los daños y perjuicios que se puedan causar. Es en este sentido que debe interpretarse la exigencia normativa de prestar una «garantía suficiente» [art. 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006] o de suscribir una póliza de seguro «que garantice la cobertura de su responsabilidad» o bien «que cubra los riesgos de su responsabilidad» [arts. 16.m) Real Decreto 2200/1995, 15.5 Ley 21/1992, 14.7 Ley vasca 8/2004, 11.2.d) Decreto catalán 170/1999 y 7.f) Real Decreto 90/2003].

En algunos casos, la normativa sectorial va más allá, y ya determina ella misma la «cuantía mínima» de la garantía [así, arts. 8.1.d) Real Decreto 1407/1987, 16.m) Real Decreto 2200/1995 y 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006]. O bien, remite la cuantificación a otra disposición posterior, al establecer que la garantía deberá constituirse «en la cuantía que se establezca» (así, arts. 15.5 Ley 21/1992 y 14.7 Ley vasca 8/2004).

d) La garantía constituida debe seguir siendo suficiente en el futuro: mecanismo de actualización de su importe

Es también habitual que el normador sectorial muestre su preocupación a la hora de asegurar que la cuantía de la garantía seguirá siendo «suficiente» en el futuro. Para conseguir este objetivo, ya dispone la existencia de cláusulas de actualización del importe de la garantía. De esta manera, y a título de ejemplo, se establece una actualización anual según el índice de precios industriales del Instituto Nacional de Estadística [art. 8.1.d) Real Decreto 1407/1987], una actualización también anual en función del índice de precios al consumo [art. 16.m) Real Decreto 2200/1995] o bien una actualización cada dos años de acuerdo con el incremento del índice de precios al consumo [art. 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006].

e) No hay limitación de la responsabilidad al importe de la suma asegurada

La obligación de constituir una garantía no supone la limitación de la responsabilidad de la entidad privada colaboradora al importe de dicha garantía. En este sentido, y de manera expresa, alguna normativa sectorial subraya que la obligación de suscribir una póliza de seguros, en la cuantía que se establezca, para cubrir los daños y perjuicios que puedan causarse, se impone «sin que la misma limite dicha responsabilidad» [así, arts. 15.5 Ley 21/1992, 16.m) Real Decreto 2200/1995 y 14.7 Ley vasca 8/2004]. Por lo tanto, de la parte del importe de los daños causados no cubierta por el seguro (por exceder la suma asegurada), deberá responder la entidad privada con su propio patrimonio.

f) Eficacia de la exigencia de constitución de una garantía

La cuestión que aquí se plantea es determinar la eficacia que tiene la constitución de la garantía exigida o, visto a contrario, los efectos que se derivan de su falta. En este punto, la normativa sectorial examinada ofrece respuestas diversas y, en general, carentes del necesario rigor.

En algunos casos, la constitución de la garantía se configura como condición para la acreditación de la entidad privada colaboradora [arts. 8.1.d) Real Decreto 1407/1987 y 11.2.d) Decreto catalán 170/1999].

En otros casos, en cambio, es condición «para la efectividad de la autorización administrativa» (arts. 15.5 Ley 21/1992 y 14.7 Ley vasca 8/2004).

En no pocos casos, no se configura expresamente como condición para la obtención de la acreditación o de la autorización administrativa. Sino como condición para otros fines: para la inscripción en el registro especial de entidades privadas colaboradoras [art. 3.2.b) Real Decreto 735/1979] o para la obtención del título de entidad colaboradora [art. 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006]. O bien, la constitución de la garantía se configura simplemente como una obligación o requisito que se impone a las entidades privadas colaboradoras [así, arts. 16.m) Real Decreto 2200/1995, 8.3 Ley catalana 13/1987 y 7.f) Real Decreto 90/2003].

Lo importante, a nuestro juicio, es asegurar que, en el momento en que comience a realizar su actividad, la entidad privada colaboradora tiene constituida la garantía. La decisión acerca de su configuración, principalmente como condición para la acreditación o para la posterior autorización administrativa, es secundaria en este sentido. Será relevante, a la hora de tomar esa decisión, tener claro dónde se quiere residenciar la labor de control del cumplimiento del deber que se impone a la entidad privada. Así, por ejemplo, aligera la carga de la administración su configuración como requisito para la acreditación, de manera que el mencionado control deba ser realizado por la entidad de acreditación⁵⁴.

1.3. Tipo de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras

Una vez claro que las entidades privadas colaboradoras son responsables, procede ahora determinar el tipo de responsabilidad en que pueden incurrir. Dos son las reflexiones que podemos realizar en este punto:

a) Responsabilidad directa

La responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras es una responsabilidad directa: son las que primeramente deben responder de los daños y perjuicios que hayan

⁵⁴ Ello supondrá, sin embargo, que puedan existir entidades privadas colaboradoras acreditadas y, por tanto, costeando un contrato de seguro ya en vigor, pero no autorizadas, al menos todavía, para la realización de su actividad.

El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

97

causado con su actuación. El hecho de que su responsabilidad sea directa es, precisamente, lo que explica que la normativa sectorial imponga a estas entidades privadas la constitución de una garantía suficiente (habitualmente: la suscripción de una póliza de seguro).

No se trata, por lo tanto, de una responsabilidad subsidiaria a la propia de otro sujeto, en concreto, a la responsabilidad de la administración con la que colaboran.

Es interesante destacar, no obstante, la regulación peculiar que establece, en este punto, la normativa sectorial en materia de inspección de buques y embarcaciones de recreo. El art. 7.f) del Real Decreto 90/2003, de 24 de enero, impone a las organizaciones autorizadas de inspección y control de buques la obligación de tener suscrita una póliza de seguro de responsabilidad civil que cubra la responsabilidad en que pueda incurrir la entidad por su actuación «en los términos previstos en el artículo 8».

Pues bien, el art. 8 del Decreto 90/2003, bajo la rúbrica de «Responsabilidad de las organizaciones autorizadas», establece que, en determinados casos, la administración marítima, que ha debido indemnizar a los perjudicados, tendrá derecho a recibir, a su vez, una indemnización de la entidad colaboradora. Tendrá este derecho cuando, por sentencia judicial o laudo arbitral, se haya declarado que la administración marítima es responsable de un accidente, causándose daños materiales, daños físicos o fallecimiento que deberá esa administración indemnizar a los perjudicados, y resulte probado que esos daños se han originado por una acción u omisión, dolosa o negligente, de la organización autorizada (entidad colaboradora). Por lo tanto, en estos casos, la normativa presupone que quien indemnizará al perjudicado es la administración y, solamente después, podrá ella dirigirse contra la entidad colaboradora. La normativa parece establecer, pues, una suerte de acción de regreso o de repetición de la administración frente a la entidad colaboradora.

b) Régimen de responsabilidad: administrativa o civil; objetiva o por culpa

Se plantea la duda acerca de cuál es el régimen de responsabilidad al que están sometidas las entidades privadas colaboradoras: el régimen de responsabilidad civil (establecido en el Código Civil) o bien el régimen de responsabilidad administrativa (establecido por la Ley 30/1992).

La principal repercusión de este problema es averiguar si las entidades privadas colaboradoras están sometidas a un sistema de responsabilidad por culpa (regla general del régimen de responsabilidad civil) o bien a un sistema de responsabilidad objetiva (propio del régimen de responsabilidad administrativa). Esto es, si para poder imputar responsabilidad a estas entidades es necesario que haya por su parte dolo o negligencia o bien, por el contrario, es suficiente con la prueba del daño y de la relación de causalidad entre ese daño y su actuación.

La doctrina discrepa sobre esta cuestión. De manera esquemática, pasamos a exponer los argumentos que pueden esgrimirse en fundamento de ambas tesis.

Veamos, en primer lugar, los argumentos a favor del sometimiento de las entidades privadas colaboradoras al *régimen de responsabilidad civil* (con sistema de responsabilidad por culpa) ⁵⁵:

Primer argumento: *la naturaleza jurídico-privada del sujeto*. Las entidades colaboradoras son entidades privadas y no públicas. En consecuencia, no tienen la consideración de administraciones públicas. Por tanto, estarán sometidas al régimen de responsabilidad propio de los sujetos privados y no al peculiar de las administraciones.

Segundo argumento: *las reiteradas alusiones de la normativa sectorial a la responsabilidad «civil» de las entidades privadas colaboradoras*. En el momento de imponerles la obligación de constituir una garantía suficiente, mediante la suscripción de una póliza de seguro, en no pocas ocasiones el normador sectorial aclara que se busca la finalidad de cubrir la posible «responsabilidad civil» que pueda derivarse de su actuación [así, arts. 2.b) Real Decreto 735/1979, art. 8.1.d) Real Decreto 1407/1987, 8.3 Ley catalana 13/1987, 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006 y 7.f) Real Decreto 90/2003] ⁵⁶.

Tercer argumento: *el carácter excepcional del sistema de responsabilidad objetiva*. Es cierto que la responsabilidad objetiva no es exclusiva de las administraciones públicas. Existen también ámbitos en los que el Derecho privado somete a este sistema de responsabilidad determinados sujetos privados. Ahora bien, en la medida en que supone una excepción a la regla general (responsabilidad por culpa), esos casos deben venir establecidos expresamente por la ley, sin que se admita el recurso a la analogía ni a la interpretación extensiva. No es éste el caso de las entidades privadas colaboradoras.

En segundo lugar, son argumentos a favor del sometimiento de las entidades privadas colaboradoras al *régimen de responsabilidad administrativa* (con sistema de responsabilidad objetiva) los siguientes:

Primer argumento: *el carácter jurídico-público de las funciones ejercidas por las entidades privadas colaboradoras*. Es cierto que estas entidades son sujetos privados, pero también lo es que están ejerciendo funciones públicas. Pues bien, al tratarse de funciones de carácter jurídico-público, debe entenderse transferido al sujeto privado el régi-

⁵⁵ Tesis sostenida, entre otros, por J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, ob. cit., p. 671. En este mismo sentido, C. PADRÓS REIG afirma que una de las finalidades perseguidas con la creación del sistema de entidades privadas colaboradoras es, precisamente, que el régimen de responsabilidad puede regirse por las normas civiles en vez de por las administrativas (y contencioso-administrativas) propias de la Administración; en C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, 2001, p. 34. Aunque con una actitud crítica, M. CUETO PÉREZ, enfrentada a la cuestión de si el régimen de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras ha de ser público o privado, a su juicio, la normativa lo configura hasta el momento como privado; en M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, 2008, p. 187.

⁵⁶ Quede constancia, no obstante, que la adjetivación de la responsabilidad como «civil» no se realiza en toda la normativa sectorial. En algunos casos, en efecto, la norma se limita a exigir la póliza de seguro que garantice la cobertura de su responsabilidad, sin más. Por otro lado, el examen de la realidad demuestra que es una práctica frecuente de las Administraciones, especialmente en el mundo local, concertar seguros de responsabilidad civil para asegurar inequívocas responsabilidades administrativas.

men de responsabilidad que es propio de los sujetos públicos, esto es, de las administraciones⁵⁷.

Segundo argumento: *la posibilidad de que estas funciones puedan también ser ejercidas por la administración; incongruencia de diferenciar los regímenes de responsabilidad*. Como es sabido, solamente se traspasa a la entidad privada colaboradora el ejercicio de la función pública, reteniendo la administración su titularidad. Además, esa misma administración puede, en cualquier momento, ejercer directamente la función (o bien repartiéndose el ámbito material con la entidad colaboradora o bien con la finalidad de supervisar el ejercicio que esta última está realizando de ella). No hay duda acerca de que, en los casos de ejercicio de la función pública por la administración, estará sometida al régimen de responsabilidad administrativa. Ahora bien, si en ambos casos, actuación directa de la administración y actuación de la entidad privada colaboradora, la función ejercida es la misma y son los mismos sus efectos jurídicos, no tiene sentido defender una distinción en el régimen de responsabilidad aplicable⁵⁸.

Tercer argumento: *unificación de las garantías de los ciudadanos*. No cabe duda que un sistema de responsabilidad objetiva ofrece mayores garantías al perjudicado que uno de responsabilidad por culpa. En estrecha conexión con el argumento anterior, puede sostenerse que carece de sentido establecer una distinción, desde el punto de vista de las garantías ofrecidas, en función de que el ejercicio de la función pública se realice directamente por la administración o bien que se haya decidido su traspaso a una entidad privada colaboradora.

1.4. Extensión de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras

En relación con la extensión de la responsabilidad que asumen las entidades privadas colaboradoras, algunos autores se han preocupado de advertir que se les puede imputar no solamente los daños derivados de su actuación material, sino también los que provengan de los actos jurídicos a que dé lugar su actuación. Dicho de otra manera, su responsabilidad abarca tanto los daños por la actuación material que realicen en ejercicio de las funciones traspasadas, como aquellos otros causados por la actividad jurídica resultante de dicho ejercicio⁵⁹.

⁵⁷ Sostienen este argumento, entre otros, D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, ob. cit., p. 326, J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, ob. cit., p. 204, y M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., p. 187.

⁵⁸ Sostiene este argumento D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, ob. cit., p. 327.

⁵⁹ Así lo advierten D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, ob. cit., p. 326, y M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., p. 186. No obstante, no parece fácil establecer la frontera entre estos dos tipos de daños. Lo habitual, en efecto, será que la actuación material sea determinante de la posterior actuación jurídica que provoca el daño. Pero pueden imagi-

2. Responsabilidad de la administración

2.1. *Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio directo de la función*

Contemplamos aquí el supuesto de ejercicio por la administración titular de la función cuyo ejercicio ha sido trasladado a la entidad privada colaboradora. Como ha quedado dicho, este supuesto de ejercicio simultáneo por ambas entidades puede tener su origen en un reparto entre ellas de los ámbitos materiales o bien en el ejercicio por la administración de su función de supervisión o control de la entidad privada colaboradora.

Sea cual fuere la razón del ejercicio directo por la administración de la función, queda claro su sometimiento al régimen tradicional de responsabilidad administrativa: se trata de una función pública ejercida por una administración pública⁶⁰.

2.2. *Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio de la función por la entidad privada colaboradora*

Cuestión distinta es si el ejercicio que de la función haga la entidad privada colaboradora puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad administrativa, o sea, de la administración con la que aquella entidad colabora y que conserva la titularidad de la función.

Debe advertirse de inmediato, para evitar cualquier confusión al respecto, que la afirmación de esta hipotética responsabilidad de la administración vendría a sumarse a la responsabilidad directa de la propia entidad colaboradora, en los términos ya examinados.

En nuestra opinión, este interrogante se resuelve con una respuesta positiva: la administración no queda exonerada de responder en estos supuestos o, al menos, no en todo caso. Afinar más esta respuesta exige analizar previamente tres cuestiones: los títulos que permiten imputar la responsabilidad a la administración, el tipo de responsabilidad en que incurre y, sobre todo, la articulación entre esta responsabilidad administrativa y la responsabilidad de la entidad privada colaboradora.

narse supuestos en que esta conexión no se produzca. Así, por ejemplo, el daño derivará exclusivamente de una actuación material de la entidad colaboradora si lo producido es la destrucción o avería de una máquina con motivo de una inspección, hecho que no prejuzga en nada la posterior actuación jurídica. Sí que existirá esa conexión, en cambio, en el ejemplo de que, como resultado de una mala inspección, se acuerde el cierre del establecimiento o la denegación de una licencia.

⁶⁰ En este sentido, M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., p. 186.

2.2.1. Títulos de imputación de responsabilidad a la administración

La imputación de responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de la actuación de la entidad privada colaboradora puede fundamentarse en diferentes títulos jurídicos⁶¹:

- a) La titularidad pública de la función cuyo ejercicio se traspasa a la entidad privada colaboradora

Los casos que estamos examinando se caracterizan por la escisión que se produce entre el ejercicio y la titularidad de la función pública: el ejercicio se traspasa a la entidad privada, pero la titularidad es retenida por la administración con la que colabora. Por lo tanto, nos encontramos ante un sujeto (privado) que tiene el ejercicio, pero no la titularidad, y ante otro sujeto (público) que tiene la titularidad, pero habitualmente no el ejercicio. Decimos «habitualmente» porque, como ha quedado indicado, cabe que la administración titular decida ejercitar también la función.

Pues bien, parece claro que el dato de la titularidad pública de la función no debe ser irrelevante a efectos de imputar responsabilidad: en tanto que la administración sigue conservando la titularidad de la función, no puede exonerarse, al menos no por completo, de la responsabilidad que nazca como consecuencia del ejercicio (por otro) de lo que es una función de su propiedad. Lo que no implica, obviamente, que quien deba responder sea siempre y directamente la administración, con exclusión de la entidad privada que ejercita la función y materialmente causa el daño. De la articulación entre ambas responsabilidades, y las tesis posibles, nos ocupamos más adelante.

Conviene recordar, por último, que no son extraños a nuestro ordenamiento supuestos en los que la administración puede llegar a responder por la actuación que realizan sujetos privados. Tal es el caso del régimen de responsabilidad de los contratistas y de los concesionarios de servicios públicos. Este último caso es ejemplificador de la idea que desarrollamos en este apartado: el concesionario se limita a prestar materialmente un servicio cuya titularidad sigue en manos de la administración. Es por ello que la administración, titular del servicio, no puede desentenderse por completo de los daños que esa prestación cause. No obstante, como también tendremos ocasión de abordar posteriormente, a nuestro juicio, no es posible trasladar a las entidades privadas colaboradoras el régimen de responsabilidad normativamente previsto para contratistas y concesionarios de servicios públicos.

- b) Las potestades administrativas de supervisión y fiscalización

El traspaso del ejercicio de la función a la entidad privada colaboradora no supone que la administración pueda despreocuparse del modo en que dicha entidad

⁶¹ En general, sobre estos títulos de imputación, puede verse D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, ob. cit., pp. 327-330.

la ejercita. Es por ello que, en todos los sectores en los que se prevé esta fórmula de colaboración, la normativa atribuye a la administración las potestades de supervisión y fiscalización de la actuación de la entidad privada. En otras palabras, como cláusula de salvaguarda, la normativa sectorial articula siempre un sistema de control administrativo del ejercicio privado de la función pública. No es ajeno a ello, qué duda cabe, el dato de la titularidad pública de la función traspasada, al que ya nos hemos referido.

La titularidad de estas potestades administrativas de supervisión y fiscalización puede servir de base suficiente para afirmar la existencia de una responsabilidad administrativa *in vigilando e in ommitendo*. Responsabilidad que se hará efectiva, por lo menos de manera principal, en los casos de inactividad o actividad incorrecta de la administración: cuando no haya ejercitado, o bien no lo haya hecho de modo adecuado, sus potestades de control sobre la entidad privada colaboradora⁶².

c) La obligación de información de la entidad privada colaboradora

Otra manifestación de que la administración no puede desentenderse del modo en que tenga lugar el ejercicio privado de una función que sigue siendo de su titularidad, es la generalizada imposición, en todas las normativas sectoriales, a las entidades privadas colaboradoras de una obligación de suministrar una información constante sobre su actividad. Este deber de informar es un claro reflejo de que no existe una desvinculación entre la administración titular y el ejercicio que se haga de su función.

El suministro de esta información puede conectarse fácilmente con la mencionada posible responsabilidad administrativa *in ommitendo*. Será difícil eximir de responsabilidad a la administración en el caso de que no actúe frente a unos hechos que le son conocidos (a través del deber de informar de la entidad privada colaboradora) y que precisarían de una actuación administrativa concreta.

2.2.2. Tipo de responsabilidad de la administración

La administración está sometida, también aquí, a su característico régimen de responsabilidad administrativa. De él destaca el sometimiento de este sujeto a un sistema de responsabilidad objetiva.

⁶² Suscribe esta tesis M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., pp. 186 y 187. No obstante, esta autora parece añadir otro criterio de imputación: la posibilidad de una responsabilidad *in eligendo*, ya que es la Administración la que contribuye de un modo determinante a la selección de las entidades privadas colaboradoras (acreditación pública, fijación de criterios para la acreditación privada, necesidad de obtener además una autorización administrativa, etc.).

El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

103

2.2.3. Articulación de la responsabilidad de la administración con la responsabilidad de la entidad privada colaboradora

Recapitulando, la situación con la que nos encontramos es la siguiente: la causación de daños y perjuicios por el ejercicio de la función pública traspasada puede originar tanto responsabilidad de la entidad privada colaboradora como de la administración con la que colabora. La concurrencia de ambas responsabilidades nos obliga a plantear el problema de su modo de articulación.

Las principales tesis posibles son las siguientes:

a) Responsabilidad solidaria de la administración

Según esta tesis, la administración y la entidad privada colaboradora responden solidariamente de los daños causados. El perjudicado, por tanto, podrá dirigirse contra cualquiera de los dos sujetos reclamando la indemnización en su totalidad⁶³.

b) Responsabilidad subsidiaria de la administración

Según esta tesis, la administración solamente responderá ante el perjudicado de manera subsidiaria a la entidad privada colaboradora. En la práctica, esto supone que únicamente lo hará cuando el importe de los daños exceda de la suma asegurada (del seguro que obligatoriamente tiene que contratar la entidad privada colaboradora) y, además, respecto al exceso, sólo en aquella parte que no quede cubierta con el patrimonio de la entidad privada colaboradora⁶⁴.

c) Responsabilidad de la administración como excepción a la regla de la responsabilidad de la entidad privada colaboradora

Según esta tesis, la regla es que quien debe responder es el sujeto que materialmente ha causado el daño: la entidad privada colaboradora. Ahora bien, por excepción, no responderá este sujeto, sino la administración, cuando pueda entenderse que el daño se ha producido por causas imputables a la administración. En consecuencia, en estos casos

⁶³ El Dictamen 565/2000, de 26 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña, niega de modo expreso que exista un régimen de solidaridad, desde el punto de vista de la responsabilidad, entre la Administración y la entidad privada colaboradora (en este caso: entre la Administración autonómica y una estación concesionaria de la ITV), y mucho menos con la compañía aseguradora de esa entidad.

⁶⁴ Sostienen esta tesis, entre otros, C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, ob. cit., pp. 36 y 187, y M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., p. 187.

responderá solamente la administración. Pero, a cambio, únicamente responderá en dichos casos.

Aunque no se pueda trasladar de forma automática, porque la entidad colaboradora no tiene la condición de contratista de la administración ni de concesionario de un servicio público, de hecho, se trataría de someter a aquel sujeto a un régimen de responsabilidad muy similar al propio de estos últimos [arts. 198 y 256.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público]⁶⁵.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, 1997.
- CANALS AMETLLER, D.: «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, pp. 459-479.
- *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, 2003.
- «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», en *La legislación de industria de Aragón* (dir. Gerardo García Álvarez), Cortes de Aragón, 2009, pp. 378-379.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, 2000.
- CUETO PÉREZ, M.: *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, 2008.
- ESTEVE PARDO, J.: *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, 1999.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «La Administración pública y las reglas de la «externalización», en *Justicia Administrativa*, núm. 33, 2006, pp. 5-27.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho ambiental», en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 24, 2000, pp. 9 y ss.
- *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, 2002.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, 2000.
- PADRÓS REIG, C.: *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, 2001.
- TORNOS MAS, J., y PERDIGO SOLÀ, J.: «El régimen jurídico de la intervención, control e inspección en materia de seguridad industrial de instalaciones, medio ambiente e inspección técnica de vehículos», informe realizado para el Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona, y publicado por el propio Colegio en 2004.

⁶⁵ Son muchos los autores que sostienen que el régimen de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras no es el de los contratistas de la Administración y de los concesionarios de servicios públicos. Entre ellos, destacan M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, 1997, p. 172 y ss.; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, ob. cit., p. 671, y D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, concesionaria de la ITV por los desperfectos ocasionados a un vehículo durante la inspección.